

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**



**EL PODER DEL DERECHO URBANÍSTICO EN LA  
ASIGNACIÓN DE CONTENIDOS A LOS CUATRO ELEMENTOS  
ESTRUCTURALES DE LA PROPIEDAD PRIVADA**

**Autor:**

**Gleison Pineda Castro  
gleisonpineda@gmail.com**

**Director:**

**Profesor Juan Felipe Pinilla Pineda**

**Bogotá, D.C., 2009**



**La luz de mi corazón, la inspiración de mi vida,  
la razón para recorrer con amor y esperanza  
cada paso de mi camino, me la dan los dos  
maravillosos seres que Dios ha enviado a mi vida:  
mis dos tesoros,  
Nicolás Daniel y Ángel David.  
A ellos con todo mi amor,  
dedico el resultado de esta labor investigativa.**



## **EL PODER DEL DERECHO URBANÍSTICO EN LA ASIGNACIÓN DE CONTENIDOS A LOS CUATRO ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA PROPIEDAD PRIVADA**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **1. EL DERECHO URBANÍSTICO EN COLOMBIA**

- 1.1 El derecho colectivo al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad: un concepto en proceso de consolidación.
- 1.2 El derecho colectivo al espacio público: el interés común en la propiedad privada.
- 1.3 El derecho colectivo a la participación en plusvalía: la búsqueda del equilibrio en la distribución de las cargas y los beneficios

#### **2 SÍNTESIS DE LA PROBLEMÁTICA Y TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDECIAL**

- 2.1 Una visión desde la doctrina colombiana y española.
- 2.2 La transformación de la propiedad a través de la jurisprudencia colombiana: de la propiedad al núcleo esencial.

**No se encontraron elementos de tabla de contenido.**

#### **3 CONSTRUCCIÓN DE UNA RESPUESTA**

- 3.1 Los cuatro elementos estructurales de la propiedad.
- 3.2 El núcleo esencial de la propiedad.



- 3.3 Acciones y actuaciones urbanísticas: un proceso transformador del derecho de propiedad.
- 3.3.1 La clasificación del suelo y su uso, ocupación y aprovechamiento.
- 3.3.2 Suelo de protección y espacio público.
- 3.3.3 Las cesiones urbanísticas.
- 3.3.4 Las actuaciones urbanísticas prioritarias y las unidades de actuación urbanística.
- 3.3.5 Enajenación, expropiación y afectaciones.
- 3.3.6 Las afectaciones para obras públicas o protección ambiental
- 3.3.7 Bienes de interés cultural.
- 3.3.8 Infracciones urbanísticas.
- 3.4 La clasificación del suelo y la asignación de usos y aprovechamiento, frente al derecho a la igualdad y la mediación de la participación en plusvalía.

#### **4 EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO**

- 4.1 Eventos en los que las acciones urbanísticas son un desarrollo de la función social.
- 4.2 Eventos en los que se garantiza el derecho de propiedad, pero puede haber desequilibrio en el justo reparto de las cargas y los beneficios
- 4.3 Eventos en los que existe vulneración al derecho de propiedad.
- 4.4 La evolución de la propiedad: El camino por recorrer.



## INTRODUCCIÓN

En Colombia el derecho urbanístico es una disciplina relativamente nueva que ha sido poco explorada. Esta área jurídica plantea múltiples problemáticas entre las que podemos señalar las derivadas de la transformación que en la propiedad inmobiliaria han generado las acciones urbanísticas. La investigación jurídica en este tipo de temas constituye una necesidad apremiante.

El desarrollo del derecho urbanístico a partir de la Ley 9 de 1989, ciertamente ha modificado el alcance de la tradicional propiedad. Hoy este derecho es indiscutiblemente distinto.

La discusión está abierta en torno a precisar si la propiedad ha venido siendo objeto de un sinnúmero de limitaciones<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Para referirnos al tema también podríamos hablar del concepto de “servidumbre” o “restricción”.

Para Marienhoff, la servidumbre pública (o administrativa), tiene un tratamiento sumamente restringido, refiriéndose en estricto sentido al concepto de servidumbre civil de los predios privados pero con una destinación colectiva o pública. Según este autor, la servidumbre pública al igual que las restricciones, el decomiso, la expropiación y la ocupación temporal, harían parte del concepto general de limitación de la propiedad.

Para Garrido Falla, la servidumbre administrativa tiene un mayor alcance y si bien, servidumbre y limitación suelen ser utilizadas indistintamente, es posible establecer criterios diferenciadores.

Para Altamira, la limitación que conduce al desmembramiento de la propiedad en beneficio de la administración pública implica una servidumbre administrativa.



impuestas a través de su concepción como función social, o si el fenómeno que ha surgido señala mas bien hacia un proceso de redefinición de la propiedad misma.

Las situaciones generadas por los derechos al espacio público y al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, que se presentarán brevemente en este trabajo, plantean múltiples interrogantes respecto de su alcance frente al derecho de propiedad. Entre las problemáticas que inspiran este ejercicio académico pueden resaltarse las siguientes:

- ¿Los derechos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad y al espacio público, prevalecen sobre el derecho de propiedad?
- ¿Las obligaciones impuestas por las acciones urbanísticas conllevan a la limitación del derecho de propiedad privada, o hacen parte integral del mismo?
- ¿La acción urbanística puede transgredir el núcleo esencial del derecho de propiedad privada?

---

Para Fiorini, la servidumbre pública administrativa al igual que las restricciones administrativas hace parte del género de las limitaciones a la propiedad. No obstante, para este autor el concepto de servidumbre tiene un alcance aún mayor, pues no se asimila a las servidumbres reales sino que comprendería un beneficio a la función pública, “los datos esquemáticos se mantienen pero es distinta su funcionalidad”.



- ¿Las obligaciones que impone la acción urbanística, cuando conducen a la eliminación de toda posibilidad de aprovechamiento de un bien, constituyen eliminación de la propiedad privada?
- ¿Continúa existiendo propiedad privada, cuando las obligaciones que impone la acción urbanística conducen a que el bien sea usado o usufructuado por toda la sociedad, sin aportar un mayor beneficio al titular del derecho?

Así, si bien la propiedad integra un contenido especial denominado función social, resulta necesario precisar el alcance de esa institución jurídica, pues la interpretación que de ella se hace en desarrollo de las acciones urbanísticas de los municipios, podría estar convirtiendo la propiedad privada en propiedad pública, o cuando menos podría estar generándose un sistemático desequilibrio de las cargas públicas. En caso de que se presente tal situación, será necesario precisar si jurídicamente es aceptable tal alcance y cuáles serían las consecuencias de ello.

Al hablar de derechos humanos de carácter colectivo usualmente restringimos el debate al derecho al medio ambiente. Sin embargo, existe una serie de derechos cuyo reconocimiento como tales se encuentra en construcción, como es el caso del adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, el espacio



público y la participación en plusvalía. Se requiere entonces un proceso investigativo a fin de proponer las reglas que permitan someter a juicio el debate.

Debe tenerse en cuenta que hoy la propiedad, además de ser un derecho humano, es una función social que implica obligaciones. De otro lado, debe plantearse el estudio del adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad como derecho humano de carácter colectivo (tercera generación) que constituye una función pública<sup>2</sup> y se fundamenta en el principio de la función social y ecológica de la propiedad.

La problemática que se estudia podría tener múltiples respuestas. A continuación se exponen algunas, de las cuales al menos uno deberá ser desvirtuada:

a) que el derecho de propiedad está integrado por unos atributos de uso, de goce y de disposición, que se ejercen de acuerdo con la función social, y están siendo afectados por las limitaciones que le impone la acción urbanística;

b) que no existe un núcleo esencial de la propiedad o que éste debe ceder ante los derechos al adecuado ordenamiento

---

<sup>2</sup> Si bien la función pública está integrada por las funciones administrativa, legislativa y judicial, aquí estaría comprendida solo la primera.



urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía o;

c) que el derecho de propiedad ha sido redefinido por la función social, la cual hace parte de su estructura fundamental junto con los atributos de uso, goce y disposición, de manera que las obligaciones impuestas por la acción urbanística, tienen como único limitante el respeto por su núcleo esencial, el cual debe ser identificado a partir de los principios constitucionales.

Tales problemas requieren ser abordados y solucionados en aras de identificar claras reglas de ponderación, que permitan garantizar, tanto los derechos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía, como el derecho de propiedad en su entidad de función social y, por supuesto, la prevalencia del interés general sobre el particular y el equilibrio en la distribución de cargas y beneficios en relación con la planeación urbanística (tales son principios de la acción urbanística).

Habiéndose precisado el núcleo esencial de los atributos de la propiedad, podría realizarse una ponderación de cada uno de ellos, respecto de cada uno de los distintos eventos en que las acciones y actuaciones urbanísticas afectan su núcleo. Por ejemplo, la determinación de cuál es el núcleo esencial del *ius utendi*, permitiría verificar si la restricción para el ejercicio



comercial afecta ese núcleo esencial o, qué tipo de acción o actuación urbanística lo afectaría.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que las acciones urbanísticas que desarrollan los señalados derechos colectivos, se fundamentan en un principio cuyo alcance también debe ser estudiado, esto es, la distribución equitativa de las cargas y los beneficios.

Este principio también está llamado a cumplir un importante papel en la mediación entre los derechos señalados. Así, la imposición de obligaciones excesivas (que trasgreden el núcleo esencial) respecto de los atributos del módulo privado de la propiedad, generaría un desequilibrio en las cargas públicas (distribución equitativa de las cargas y los beneficios), de manera que al romper con uno de los principios del ordenamiento de la ciudad, la propiedad privada no estaría obligada a soportar sus efectos.

Ahora, ¿cuáles serían los efectos que traería la afectación de un atributo del módulo privado de la propiedad, que si bien no vulnera su núcleo esencial, sí constituye una agresión al principio del equilibrio de las cargas públicas?

Así, identificar y estudiar la capacidad que tienen los municipios para determinar el contenido de la propiedad privada por



razones de interés público, permitirá precisar si tales acciones urbanísticas: a) vulneran el núcleo esencial de la propiedad privada o de alguno de los atributos de su módulo privado; b) constituyen un desequilibrio en las cargas públicas o; c) hacen parte de los contenidos inherentes a la función social de la propiedad.

Para tal efecto, se procederá de la siguiente manera. En un primer capítulo se abordará un análisis tendiente a precisar desde la perspectiva constitucional y legal, el alcance de los derechos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía, dentro del contexto general del derecho urbanístico colombiano.

En un segundo capítulo precisará la problemática que se aborda, acudiendo a un breve esbozo de planteamientos doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales que, a través de una serie de conceptualizaciones de gran importancia, han contribuido a aportar elementos de juicio que brindan un punto de partida para el estudio del problema.

Debe aclararse que si bien el desarrollo de la investigación prevé un capítulo para el análisis de jurisprudencia relacionada con el tratamiento del problema en estudio, en el desarrollo de los demás capítulos se hará referencia a algunos pronunciamientos jurisprudenciales que aportan a la definición de los conceptos.



En el tercer capítulo, se presentará la tesis a la cual se llega después del proceso de investigación, señalando la forma como la misma se aplicaría a cada uno de los elementos que en el derecho urbanístico colombiano suscitan la problemática estudiada.

En el cuarto capítulo se procura sintetizar de manera gradual los efectos que las acciones y actuaciones urbanísticas generan en el derecho de propiedad.



## 1. EL DERECHO URBANÍSTICO EN COLOMBIA

Lo primero que debe verificarse es el tratamiento que al respecto plantea nuestra Constitución Política de 1991.

El artículo 1 de la Constitución consagra que Colombia es un Estado social de derecho, que ha sido organizado en forma de república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales; que se rige por principios democráticos y de participación y pluralismo y; que se funda en el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general.

En atención a tales principios, el territorio, con los bienes públicos que de él hacen parte, pertenecen a la Nación. De tal forma que el Estado tiene la competencia de intervenir en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y, en los servicios públicos y privados. Esto, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y, la preservación de un ambiente sano.



Bajo tales principios, la Constitución Política consagra el derecho de propiedad así: *"Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio."*

De la misma forma, la constitución consagra los derechos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía, como derechos humanos de carácter colectivo (o de tercera generación), al disponer en el artículo 82 que: *"Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del **espacio público** y por su*



*destinación al **uso común**, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la **plusvalía** que genere su **acción urbanística** y regularán la **utilización del suelo** y del **espacio aéreo urbano** en defensa del **interés común**." (negrilla no original)*

La categorización constitucional de estos derechos, que se caracterizan por dar primacía al interés general por encima del interés particular, puede observarse en contexto con otros derechos colectivos como el derecho a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (artículo 52); el derecho a gozar de un ambiente sano (artículo 79); con la naturaleza jurídica de los bienes de uso público que hacen parte del espacio público (inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad - artículo 63) y, la propiedad de los mismos que corresponde a la Nación (artículo 102). Adicionalmente, con la asignación a los municipios de la competencia para vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción (art. 313 num. 7).

De esta manera se eleva a rango constitucional el derecho al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía, los cuales no eran contemplados en la Carta Política de 1886, encontrándose su tratamiento limitado a las disposiciones del Código Civil, según el cual, la propiedad del Estado se divide en bienes fiscales (*su*



*uso no pertenece generalmente a los habitantes) y bienes de uso público (su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes, caminos, ríos, lagos, playas, etc.).*

El tratamiento que da el Código Civil es sumamente casuista<sup>3</sup>, lo cual responde a las pocas problemáticas que se presentaban a finales del siglo antepasado (XIX). Las normas seguramente eran eficaces para dar solución a las relaciones de vecindad que se presentaban en la época en que se produce el Código, pero las necesidades de las ciudades de hoy y sus relaciones sociales y de capital desbordaban su alcance.

Hoy estos derechos son desarrollados legalmente por las normas que integran el derecho urbanístico<sup>4</sup>. El tratamiento que a ellos da el ordenamiento jurídico genera un choque con otro derecho, esto es, el derecho de propiedad. Verificar cuál es el

---

<sup>3</sup> Sobre los bienes de uso público se establece la prohibición de *construir*, salvo por *permiso especial de autoridad competente*. Las construcciones de elementos como *columnas, gradas, umbrales y todas aquellas para la comodidad u ornato de los edificios, no podrán ocupar ningún espacio, por pequeño que sea* de los bienes públicos antes indicados. En igual sentido, en *“los edificios que se construyan a los costados de calles o plazas, no podrá haber, hasta la altura de tres metros, ventanas, balcones, miradores u otras obras que salgan más de medio decímetro fuera del plano vertical del lindero; ni podrá haberlos más arriba que salgan del dicho plano vertical sino hasta la distancia horizontal de tres decímetros”*.

En el evento en que se autorizaren construcciones en propiedad pública, dispone el código Civil que *“sólo generan derecho al uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo”*, de manera que *“Abandonadas las obras o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo de la unión, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana”*.

<sup>4</sup> Además de lo dispuesto por la Ley 472 de 1998, como más adelante se verá.



límite que cada uno de tales derechos integra dentro de nuestro sistema jurídico y cuáles son las consecuencias del choque, ha comprendido el objetivo general de esta labor investigativa.

Aquí se pretende analizar brevemente el tratamiento legal dado en Colombia al derecho urbanístico. En esta materia deben consultarse las Leyes 9 de 1989, 388 de 1997, 810 de 2003 y 902 de 2004.

Lo primero que debe señalarse respecto del derecho urbanístico es que de conformidad con el mismo, el ordenamiento del territorio se fundamenta en los principios de **a)** la función social y ecológica de la propiedad, **b)** la prevalencia del interés general sobre el particular y **c)** la distribución equitativa de las cargas y los beneficios.

La misma norma dispone que el ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines: a) Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y los servicios públicos domiciliarios; b) Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad; c) Propender por el



mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural y;  
d) Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales.

Así, el ordenamiento del territorio municipal (aquí y en adelante, siembre que se hable de municipios deben entenderse incluidos los distritos) comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas y emprendidas por los municipios, en ejercicio de la función pública que les compete, y que se desarrolla a través de **acciones urbanísticas**.

El instrumento básico a través del cual se debe desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio, lo constituye el denominado Plan de Ordenamiento Territorial (en adelante POT).

Así, mediante la acción urbanística se regula el uso, la ocupación y el aprovechamiento del suelo y se define la naturaleza y las consecuencias de las actuaciones urbanísticas indispensables para la administración de estos procesos. Adicionalmente, la acción urbanística se desarrolla a través de normas jerarquizadas. Estas son: normas urbanísticas



estructurales, normas urbanísticas generales y normas complementarias.

Las normas urbanísticas estructurales aseguran la consecución de los objetivos y estrategias adoptadas en el componente general del plan y en las políticas y estrategias de mediano plazo del componente urbano y, prevalecen sobre las demás normas. A través de esta categoría se clasifica y delimita el suelo; se definen actuaciones y tratamientos urbanísticos relacionados con la conservación y el manejo de centros urbanos e históricos; se reservan áreas para la construcción de redes primarias de infraestructura vial y de servicios públicos, se reservan espacios libres para parques y zonas verdes de escala urbana y zonal y, en general, todas las que se refieran al espacio público vinculado al nivel de planificación de largo plazo; se establecen directrices para la formulación y adopción de planes parciales; se definen áreas de protección y conservación de los recursos naturales y paisajísticos, se delimitan zonas de riesgo; etc.

Las normas urbanísticas generales permiten establecer usos e intensidad de usos del suelo, así como actuaciones, tratamientos y procedimientos de parcelación, urbanización, construcción e incorporación al desarrollo de las diferentes zonas comprendidas dentro del perímetro urbano y suelo de expansión. A través de éstas se otorgan derechos e imponen



obligaciones urbanísticas a los propietarios de terrenos y a sus constructores; se establecen las especificaciones de aislamientos, volumetrías y alturas para los procesos de edificación; se determinan las zonas de renovación, conjuntamente con la definición de prioridades, procedimientos y programas de intervención; se definen las características de la red vial secundaria, la localización y la correspondiente afectación de terrenos para equipamientos colectivos de interés público o social a escala zonal o local, lo mismo que la delimitación de espacios libres y zonas verdes de dicha escala; se definen las especificaciones de las redes secundarias de abastecimiento de los servicios públicos domiciliarios; se establecen las especificaciones de las cesiones urbanísticas gratuitas, así como los parámetros y directrices para que sus propietarios compensen en dinero o en terrenos, si fuere del caso; etc.

Las normas complementarias se relacionan con las actuaciones, programas y proyectos adoptados en desarrollo de las previsiones contempladas en los componentes general y urbano del plan de ordenamiento, y que deben incorporarse al programa de ejecución que se debe adoptar al inicio de cada administración municipal. A través de estas normas se identifican los predios de desarrollo o construcción prioritaria; se realiza la localización de terrenos para vivienda de interés social y la reubicación de asentamientos humanos ubicados en



zonas de alto riesgo; se desarrollan los planes parciales para unidades de actuación urbanística y para otras operaciones como macro proyectos urbanos integrales y actuaciones en áreas con tratamientos de renovación urbana o mejoramiento integral; etc.

Lo anterior comprende la **acción urbanística**, esto es, la herramienta del municipio, para ejercer la función administrativa que le compete en términos de ordenamiento del suelo.

De otra parte, la **actuación urbanística** se refiere a la parcelación, urbanización y edificación de inmuebles, de conformidad con el componente urbano del POT.

Entonces, la acción urbanística compete al municipio, en tanto que la actuación urbanística puede ser desarrollada por los titulares de la propiedad privada (en forma individual o en grupos de propietarios asociados voluntariamente o de manera obligatoria a través de unidades de actuación urbanística), directamente por entidades públicas, o mediante formas mixtas de asociación entre el sector público y el sector privado.

Para comprender mejor los conceptos, resulta pertinente señalar que el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre una consulta respecto del alcance de la expresión "proyectos de



urbanización" y "proyectos de urbanismo", diferencia estos conceptos para resaltar que la urbanización se refiere a la parcelación de predios y la consecuente construcción de conjuntos habitacionales con su correspondiente infraestructura de vías y servicios públicos; en tanto que el urbanismo es mucho más amplio y se refiere a la proyección y desarrollo de espacios adecuados para una ciudad ordenada, lo cual engloba el diseño armónico y la construcción articulada de plazas, vías, urbanizaciones residenciales, infraestructuras adecuadas para el comercio, la industria, la educación, el deporte, etc.<sup>5</sup>.

Así, una definición sencilla de estos conceptos (no hace parte de las pretensiones de este trabajo una conceptualización profunda sobre ellos), puede indicarnos que el **urbanismo** es el concepto general que hace referencia a la planeación y desarrollo ordenado de la ciudad; la **acción urbanística** constituye el mecanismo jurídico de la administración (acto administrativo de carácter general) para planificar el adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad; la **actuación urbanística** hace referencia a la ejecución del desarrollo urbano de conformidad con las normas urbanísticas nacionales y municipales que disponen las obligaciones urbanísticas que a la vez van a afectar el derecho de propiedad; en tanto que la **urbanización** comprende apenas una de las formas de actuación urbanística,

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 4 de julio de 2003, consejero ponente César Hoyos Salazar, expediente 1502.



referida a la adecuación y dotación de un predio para usos urbanos.

Para alcanzar el objetivo planteado, a continuación se intentará una conceptualización de los derechos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía.

### **1.1 El derecho colectivo al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad: un concepto en proceso de consolidación**

En la doctrina extranjera se habla de "*derecho a la ciudad*", el cual goza de un contenido mucho más amplio al que rige en Colombia, aún cuando también se encuentra en proceso de consolidación.

Al respecto resulta pertinente citar algunos apartes de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad<sup>6</sup>, la cual señala:

*"El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya*

---

<sup>6</sup> Su última versión fue adoptada durante el Foro Mundial de 2005 llevado a cabo en Porto Alegre, donde las entidades de apoyo a la Carta se reunieron para consolidar el debate sobre su contenido, ampliar las adhesiones y definir una plataforma de acción para su implementación.



*están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos.*

*Como fin principal, la ciudad debe ejercer una función social, garantizando a todos sus habitantes el usufructo pleno de los recursos que la misma ciudad ofrece. Es decir, debe asumir la realización de proyectos e inversiones en beneficio de la comunidad urbana en su conjunto, dentro de criterios de equidad distributiva, complementariedad económica, respeto a la cultura y sustentabilidad ecológica, para garantizar el bienestar de todos y todas los(as) habitantes, en armonía con la naturaleza, para hoy y para las futuras generaciones...*

*2.2. Los espacios y bienes públicos y privados de la ciudad y de los(as) ciudadanos(as) deben ser utilizados priorizando el interés social, cultural y ambiental. Todos los(as) ciudadanos(as) tienen derecho a participar en la propiedad del territorio urbano dentro de parámetros democráticos, de justicia social y de condiciones ambientales sustentables. En la formulación e implementación de las políticas urbanas se debe promover el uso socialmente justo y ambientalmente equilibrado del espacio y el suelo urbano, en condiciones seguras y con equidad entre los géneros.*

*2.3 Las ciudades deben promulgar la legislación adecuada y establecer mecanismos y sanciones destinados a garantizar el pleno aprovechamiento del suelo urbano y de los inmuebles públicos y privados no edificados, no utilizados, subutilizados o no ocupados, para el cumplimiento de la función social de la propiedad.*

*2.4 En la formulación e implementación de las políticas urbanas debe prevalecer el interés social y cultural colectivo por encima del derecho individual de propiedad y los intereses especulativos.*

*2.5. Las ciudades deben inhibir la especulación inmobiliaria mediante la adopción de normas urbanas para una justa distribución de las cargas y los beneficios generados por el proceso de urbanización y la adecuación de los instrumentos de política económica, tributaria y financiera y de los gastos públicos a los objetivos del desarrollo urbano, equitativo y sustentable. Las rentas extraordinarias (plusvalías) generadas por la inversión pública, -actualmente capturadas por empresas inmobiliarias y particulares-, deben gestionarse en favor de programas sociales que garanticen el derecho a la vivienda y a*



*una vida digna a los sectores que habitan en condiciones precarias y en situación de riesgo.*" (Subrayado no original)

Señala la Carta Mundial que hacen parte del derecho a la ciudad, los derechos al trabajo, de propiedad, a la educación, a la equidad de los géneros, a la justicia, a la alimentación, etc. A mi juicio, el concepto de derecho a la ciudad contenido en la Carta Mundial, al involucrar muchos otros derechos como parte de su contenido, integra serias dificultades que han impedido y demorarán su adopción como norma de carácter obligatorio por parte de los Estados.

Involucrar derechos que ya tienen una protección jurídica generalizada tanto en el seno de las Naciones Unidas, como en cada ordenamiento jurídico estatal, resulta innecesario y en cambio dificulta la adopción de reglas claras para su desarrollo y garantía.

Si bien es claro que comúnmente hay relación entre derechos, como es el caso de la vida, la integridad personal o la dignidad: cada uno de ellos son autónomos e independientes, e integran dentro de su definición una identidad propia, siendo exigibles sin depender de otros.

Así mismo, el derecho a la ciudad debe alcanzar su propia identidad e independencia respecto de los demás derechos y con



mayor razón, en relación con aquellos como el derecho al trabajo, de propiedad, a la educación, a la equidad de los géneros, a la justicia, a la alimentación, etc., que (como se ha dicho) cuentan ya con una protección jurídica.

Una precisión concreta del concepto de derecho a la ciudad, enfocado al adecuado desarrollo urbano sustentable y democrático, abriría mayores posibilidades a la consolidación de este derecho colectivo en el ordenamiento jurídico de cada estado.

En Colombia, el artículo 88 de la Constitución establece que la acción popular será el instrumento judicial para la protección de los derechos colectivos.

Así, en desarrollo de esta disposición constitucional y de la contemplada en el artículo 82 antes citado<sup>7</sup>, la Ley 472 de 1998<sup>8</sup> al definir cuáles son los derechos colectivos respecto de los cuales se puede solicitar al juez tal amparo constitucional, dispone que "*Son derechos e intereses colectivos, entre otros [aquí integra también el derecho al espacio público], los relacionados con: ... m) **La realización de las construcciones,***

---

<sup>7</sup> Recordemos que en lo pertinente la norma constitucional dispone que "*Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común*"

<sup>8</sup> Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.



***edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes"*** (art. 4)

La norma citada comprende el primer paso de la legislación colombiana en la reglamentación del "*derecho al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad*" como derecho humano de carácter colectivo, que propende por asegurar que las ciudades crezcan ordenadamente y se desarrollen con base en la planeación municipal, la cual a la vez debe consultar el interés general y propender por la elevación de la calidad de vida de los habitantes de las urbes.

Precisado el contexto general del derecho urbanístico, veamos de conformidad con la definición que aporta la citada Ley 472 de 1998, cuál es el alcance del derecho al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad.

Tal definición dispone que para que se garantice el derecho colectivo, toda **realización de actuaciones urbanísticas**, debe cumplir tres **condiciones indispensables e ineludibles**, como son: 1) respetar las normas urbanísticas (nacionales y municipales), 2) desarrollarse de manera ordenada y 3) dar prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.



Esta definición a mi juicio no fue la más afortunada, en tanto que no desarrolla integralmente el contenido del derecho colectivo constitucional, como se mostrará a continuación.

Nótese que el artículo 82 de la Constitución dispone que las entidades públicas deben **regular la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común**. De conformidad con la definición del derecho colectivo constitucionalmente amparado, su reglamentación (mediante la Ley 472 de 1998):

- a) No debía limitarse a las actuaciones urbanísticas, sino que debía abarcar también las acciones urbanísticas que compete adoptar a los municipios;
- b) No debía exigir la realización de la actuación urbanística para que se configurara la vulneración del derecho, omitiendo que el mismo puede ser exigible (y así mismo vulnerado) desde el momento mismo del otorgamiento de licencia para el desarrollo de la actuación, o desde la adopción de una acción urbanística de conformidad con lo señalado anteriormente y;
- c) Debía haber incorporado el tema de la implantación de usos del suelo.



Supongamos que tenemos a un grupo de familias desplazadas invadiendo un lote de propiedad privada. Para dar solución a la problemática, la administración municipal decide ubicar a estas personas en zonas en las que se realizará autoconstrucción de vivienda de interés social. No obstante, como el suelo disponible tiene alto precio comercial, decide realizar cambios en los usos del suelo, de manera que modifica su POT, destinando para tal efecto las siguientes áreas de suelo: a) un suelo que tenía protección ambiental por tratarse de un humedal con alta biodiversidad de peces, aves y otras especies y; b) un suelo que estaba clasificado como de alto riesgo de erosión.

El caso señalado en el ejemplo estaría claramente incorporado como una vulneración del derecho colectivo al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad contemplado en el artículo 82 de la Constitución Política, por cuanto los cambios en los usos del suelo ponen en riesgo una riqueza natural de una parte y, adicionalmente ponen en riesgo la vida de un grupo de personas. Sin embargo, no se enmarcaría como tal en la norma de la Ley 472 de 1998 que desarrolla este derecho, por cuanto los hechos del ejemplo están relacionados con una acción urbanística y no con una actuación urbanística.

De otra parte, supongamos que un curador urbano de Bogotá otorga licencia para la construcción de un edificio para industria de procesamiento de cueros en los cerros orientales.



Este ejemplo también se enmarcaría como una vulneración del derecho colectivo al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad contemplado en el artículo 82 de la Constitución Política. Sin embargo, no ocurriría lo mismo a la luz de la Ley 472 de 1998 que desarrolla este derecho, por cuanto no se ha realizado la actuación urbanística. De conformidad con la Ley 472 de 1998, la vulneración sólo se ocasionaría cuando se realice la construcción de la obra autorizada.

Por último pensemos en la implantación de un prostíbulo en la misma cuadra donde funciona un colegio. Independientemente de que esté o no permitido por las normas urbanísticas del municipio, esta situación vulneraría el derecho colectivo al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad contemplado en el artículo 82 de la Constitución Política. Sin embargo, no ocurriría lo mismo a la luz de la Ley 472 de 1998 que desarrolla este derecho, por cuanto no integra en su contenido la implantación de usos del suelo.

Como puede observarse en los ejemplos planteados, una norma adoptada dentro de un POT podría llegar a constituir el instrumento de afectación al derecho colectivo, como también podría ocurrir con la expedición de una licencia de urbanismo, la construcción u ocupación de espacio público, o la implantación de ciertos usos, pero tales hechos no se enmarcarían como



vulneración del derecho bajo los presupuestos del desarrollo de la Ley 472 de 1998.

La falencia antes señalada se ve agravada por la interpretación que respecto del alcance de la Ley 472 de 1998 hace el Consejo de Estado. Al respecto esa Corporación ha considerado que:

*“Del artículo en mención se desprende que para proceder al amparo del derecho colectivo, hay varios supuestos que **deben estar probados** en el proceso, cuales son:*

*a. La **realización material** o real de construcciones, edificaciones o desarrollos urbanos.*

*b. Que no haya correspondencia o exista **contradicción entre lo anterior**, con lo que se dispone, permite o prohíbe en la ley que regule la materia, que para el caso en estudio no es otro que el **Plan de Ordenamiento Territorial**.*

*c. Que haya una afectación o se ponga en riesgo la calidad de vida de los habitantes, como consecuencia de los dos puntos anteriores.”<sup>9</sup>*

La jurisprudencia señalada: en primer lugar, restringe el concepto de “disposiciones jurídicas” a las normas municipales (POT y sus reglamentos), obviando la obligación de respetar las

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, expediente 2002-0575AP. En este caso mediante acción popular se solicitaba ordenar la suspensión de las obras de adecuación y reforzamiento de un coliseo de ferias y la realización de una feria en el mismo, para que ésta se desarrollara en otro escenario físico, donde el POT contemplaba como usos permitidos este tipo de eventos. Las pretensiones son negadas por el Consejo de Estado, quien consideró que tales hechos no contravenían el POT y que no se había demostrado el deterioro de las condiciones de vida de los habitantes del sector.



normas del orden nacional (leyes, decretos o resoluciones); en segundo lugar, ignora, omite o excluye la obligación de que la actuación se desarrolle preservando el orden de la ciudad de manera que descarta que la vulneración al derecho pueda presentarse sin vulnerar una norma urbanística; en tercer lugar, establece que deben darse todos los elementos para considerar vulnerado el derecho colectivo y; en cuarto lugar, exige que necesariamente debe probarse la afectación a la calidad de vida de los habitantes y ésta debe ser necesariamente consecuencia de los demás elementos.

La interpretación restringida del Consejo de Estado, halla su explicación, por lo menos parcialmente, en que para esa Corporación, el derecho colectivo al adecuado desarrollo urbanístico sólo surge a partir de la Ley 472 de 1998, pues a su juicio (ha sido posición reiterada)<sup>10</sup>, antes existía la protección pero no con tal naturaleza. Esta apreciación desconoce el origen constitucional del derecho colectivo, que como se indicó anteriormente, es claro en el artículo 82 constitucional.

Sin embargo, este tipo de situaciones es apenas natural en la construcción conceptual del derecho, que como se dijo inicialmente, se encuentra en proceso, siendo Colombia líder en este campo.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 22 de enero de 2004, consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente AP01-527.



## 1.2 El derecho colectivo al espacio público: el interés común en la propiedad privada

La definición legal del concepto de espacio público se encuentra contenida en el artículo 5 de la Ley 9 de 1989 el cual dispuso que éste estaba conformado por "*el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes*"<sup>11</sup>. En el mismo sentido puede consultarse el Decreto Reglamentario 1504 de 1998<sup>12</sup>, mediante el cual se desarrolla el referido concepto.

---

<sup>11</sup> El mismo artículo señala adicionalmente que "*Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.*" (subrayado no original)

<sup>12</sup> Presidencia de la República, Decreto 1504 de 1998 "por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial". La norma señala cuáles son los elementos constitutivos de espacio público en los siguientes términos: "*Artículo 3º.- El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos: a. Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo; b. Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público; c. Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este Decreto.*"



Lo anterior constituye un gran avance normativo en la protección de este derecho colectivo, el cual tiene una alta importancia y un impacto significativo en el país, toda vez que el espacio público estaría integrado tanto por los tradicionales bienes de uso público, como por los bienes privados con *afectación urbanística* a espacio público (recordemos que la propiedad puede ser privada o pública y esta última puede dividirse a la vez en bienes fiscales y bienes de uso público).

Al respecto el Consejo de Estado, al resolver una acción popular interpuesta en razón a que el municipio autorizó el cerramiento de un barrio, incluyéndose vías y zonas verdes, señaló que *“Como puede apreciarse el constituyente amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente referida en la legislación civil (artículos 674 y 678 C.C.), teniendo en cuenta que no se limita a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en dicha legislación, sino que se extiende a todos aquellos bienes inmuebles públicos, y a algunos elementos específicos de los inmuebles de propiedad de los particulares, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, o por sus características arquitectónicas naturales, están destinados a la utilización colectiva. Así, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público es su afectación al interés general y*



*su destinación al uso por todos los miembros de la comunidad*<sup>13</sup>.

El concepto de *afectación urbanística* a espacio público, cuya adopción se encuentra pertinente para claridad del tema, debe ser entendido en los términos que a continuación se precisan.

El Diccionario de la Real Academia Española describe el concepto de "afectar" (en derecho) como la acción de "*imponer gravamen u obligación sobre algo*" o la acción de "*destinar algo a un uso o servicio público*", de manera que aquí se adopta el concepto de "afectación urbanística a espacio público" para referirnos a las acciones y actuaciones urbanísticas de los municipios que otorgan a un predio la destinación a espacio público.

Este concepto debe diferenciarse de la simple "afectación" a que se refiere el artículo 37 de la Ley 9 de 1989<sup>14</sup>. Con esta última se impide la obtención de licencias para el desarrollo de actuaciones urbanísticas (urbanización, construcción, etc.) mediante la inscripción de la medida en el registro de

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado – Sección Cuarta, sentencia del 5 de noviembre de 2003, consejera ponente María Inés Ortiz Barbosa, expediente AP-3447.

<sup>14</sup> La norma señala que "*la entidad debe celebrar un contrato con el propietario afectado en el cual se pactará el valor y la forma de pago de la compensación debida al mismo por los perjuicios sufridos durante el tiempo de la afectación.*" De conformidad con el artículo 19 del Decreto 2400 de 1989, esta afectación no deja fuera del comercio bienes afectados y sólo tiene efectos publicitarios.



instrumentos públicos, con la finalidad de reservar un predio para el desarrollo obras públicas o protección ambiental. La medida es temporal y finaliza con la adquisición del predio o el vencimiento del plazo fijado por la ley para tal efecto.

En ejercicio de las competencias constitucionales y legales para la “afectación urbanística a espacio público”, los entes territoriales municipales a través de los planes de ordenamiento territorial<sup>15</sup> pueden, por ejemplo, establecer que cierto predio o sector de la ciudad debe hacer parte de las zonas de protección<sup>16</sup>.

Ahora, hacen parte de los suelos protegidos aquellas áreas del territorio que el POT determine que tienen restringida la posibilidad de urbanizarse o destinarse a ciertos usos como el agrícola o pecuario. Estas áreas de terreno pueden estar localizadas dentro del suelo urbano, rural o de expansión urbana. Así, son susceptibles de establecerse como suelos de protección, los terrenos que requieren la preservación de sus características geográficas, paisajísticas o ambientales; los que se requieran para la ubicación de infraestructuras para la

---

<sup>15</sup> Respecto de las competencias de organismos de orden superior, debe tenerse en cuenta que el artículo 10 de la Ley 388 de 1997 dispone que los municipios, al adoptar los POT deben tener en cuenta las normas de superior jerarquía adoptadas por órganos del orden nacional o regional en ejercicio de sus competencias relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente y los recursos naturales o culturales, la prevención de amenazas y riesgos naturales, etc.

<sup>16</sup> Dentro de este concepto al que hacemos referencia no se incorporan las áreas de cesión contempladas en el artículo 37 de la Ley 388 de 1997, por cuanto éstas harán parte de los bienes de uso público.



provisión de servicios públicos domiciliarios; o las áreas de amenazas y riesgo no mitigable.

Un ejemplo que permite comprender mejor el nuevo concepto de espacio público y el concepto de suelo protegido, tiene que ver con la naturaleza jurídica de las rondas hidráulicas y las zonas de manejo y preservación ambiental.

En relación con la naturaleza jurídica de los cuerpos de agua el Código Civil señala en su artículo 677 que *"Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son **bienes de la Unión, de uso público** en los respectivos territorios"* (negrilla no original). En la misma corriente, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en su artículo 83 señala la naturaleza jurídica de las rondas de tales cuerpos de agua, al disponer que *"Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado:... d) Una faja paralela a línea de mareas máximas o la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho"*.

Las normas urbanísticas distritales han desarrollado mecanismos para la protección de este tipo de bienes. Así, el



POT de Bogotá<sup>17</sup> señala lo siguiente: "3. **Ronda hidráulica:** *Zona de protección ambiental e hidráulica no edificable de uso público, constituida por una franja paralela o alrededor de los cuerpos de agua, medida a partir de la línea de mareas máximas (máxima inundación), de hasta 30 metros de ancho destinada principalmente al manejo hidráulico y la restauración ecológica.* 4. **Zona de manejo y preservación ambiental:** *Es la franja de terreno de propiedad pública o privada contigua a la ronda hidráulica, destinada principalmente a propiciar la adecuada transición de la ciudad construida a la estructura ecológica, la restauración ecológica y la construcción de la infraestructura para el uso público ligado a la defensa y control del sistema hídrico."*

De conformidad con lo anterior, los cuerpos de agua, las rondas hidráulicas y a las zonas de manejo y preservación ambiental, constituyen suelo protegido que hace parte integrante del espacio público. Las dos primeras como **bienes de uso público** y la tercera (en el evento de no tratarse de bien público) como **bien privado con afectación urbanística a espacio público**.

Igual circunstancia ocurre con las zonas declaradas como reservas naturales o forestales. Al respecto el Código Nacional

---

<sup>17</sup> Bogotá, D.C. Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá compilado en el Decreto Distrital 190 de 2004. Artículo 78. Definiciones aplicadas a la Estructura Ecológica Principal (artículo 12 del Decreto 619 de 2000, modificado por el artículo 77 del Decreto 469 de 2003).



de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (en adelante CNRN), dispone que "*Se denomina área de reserva forestal la **zona de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras o productoras-protectoras***" (artículo 206).

Así, los cerros orientales de Bogotá, de conformidad con el CNRN, la Ley 9 de 1989 y el Decreto 1504 de 1998, dada su destinación para la conservación y preservación de áreas forestales y del sistema orográfico o de montañas, constituyen un elemento natural del espacio público (destinación a la satisfacción de necesidades colectivas, uso común o disfrute colectivo), que, en el evento de estar conformado por suelos de propiedad pública harían parte de los bienes de uso público y, en el evento de ser suelo de propiedad privada harían parte de los bienes privados con afectación urbanística a espacio público.

Ahora, debe tenerse en cuenta que si un bien público catalogado como bien fiscal, es destinado al uso común o disfrute colectivo, éste adquiere la naturaleza de bien de uso público (como ocurre con los bienes baldíos<sup>18</sup> que se destinan a

---

<sup>18</sup> El artículo 675 del Código Civil al respecto dispone: "*Baldíos. Concepto. Son **bienes de la unión** todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño*". (negrilla no original)



reserva forestal)<sup>19</sup>. De igual manera, si un bien privado con afectación urbanística a espacio público es adquirido por el Estado (como los disponía el Acuerdo Distrital 6 de 1990, respecto de las zonas de manejo y preservación ambiental)<sup>20</sup>, dada su destinación al uso común o disfrute colectivo, éste adquiere la naturaleza de bien de uso público<sup>21</sup>.

Es así que el nuevo concepto de espacio público integra tanto los bienes de uso público, como los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público. Lo anterior permite que las fachadas, los antejardines o los aislamientos laterales, aún cuando sean bienes privados, hayan sido incluidos como parte del espacio público de la ciudad.

---

<sup>19</sup> Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 674 del Código Civil (antes referido) define que los bienes públicos cuya destinación es el uso común se denominan bienes de uso público en tanto que aquellos que no tienen tal destinación se denominan bienes fiscales. En el mismo sentido, uno de los criterios establecidos por la Ley 9 de 1989 para determinar que un bien hace parte del espacio público es precisamente el uso o disfrute colectivo.

<sup>20</sup> La norma referida disponía “Artículo 144.- Régimen concertado. Es política de desarrollo urbano del Distrito Especial de Bogotá, la adquisición paulatina de las Zonas de Manejo y Preservación Ambiental de las Rondas, en particular las ubicadas al oriente del río Bogotá, su arborización y adecuación como zonas oxigenantes o amortiguadoras”.

<sup>21</sup> El artículo 6 de la Ley 9 de 1989 dispone que “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”.



### **1.3 El derecho colectivo a la participación en plusvalía: la búsqueda del equilibrio en la distribución de las cargas y los beneficios**

La Constitución Política contempla dentro de los derechos colectivos (en el ya citado artículo 82) que *"Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística"*. En desarrollo de la norma constitucional, la Ley 388 de 1997 dispone que los recursos obtenidos de la plusvalía se destinarán al *"fomento del interés común a través de acciones y operaciones encaminadas a distribuir y sufragar equitativamente los costos del desarrollo urbano, así como al mejoramiento del espacio público y, en general, de la calidad urbanística del territorio municipal o distrital"*.

Así, el mayor valor que adquiera un bien inmueble en razón a la acción urbanística (como por ejemplo el cambio de clasificación o uso, el incremento de los índices de aprovechamiento urbanístico, etc.), hace parte de los derechos colectivos amparados constitucionalmente.

Ello implica que el propietario no puede enriquecerse con las decisiones de la administración. Los recursos que generan las acciones urbanísticas deben retornar a las arcas públicas para su inversión en proyectos de interés común, lo cual contribuye al principio de equilibrio en el reparto de cargas y beneficios.



Si bien la norma constitucional no establece qué margen de participación constituye garantía del derecho colectivo, en mi entender, debe tratarse de un margen que garantice la distribución equitativa de cargas y beneficios y la función social de la propiedad.

De conformidad con lo anterior, si a un predio residencial, se le cambia su uso para asignarle uno de comercio de alto impacto con el fin de permitir la construcción de un mega centro comercial, no sería admisible a la luz de la norma constitucional que se tasara una participación en plusvalía del 10%, salvo que se presentaran razones muy especiales que lo justificaran.

De otra parte, debe resaltarse que el desarrollo legal de los derechos colectivos, contenido en la Ley 472 de 1998, así como realiza un desarrollo precario del derecho al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad; omite completamente la inclusión de la participación en plusvalía que genere la acción urbanística del municipio, como parte integral de estos derechos.



## 2. SÍNTESIS DE LA PROBLEMÁTICA Y TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDECIAL

### 2.1 Una visión desde la doctrina colombiana y española.

En Colombia la producción doctrinaria respecto de este tipo de temas ha sido cuando menos precaria. Los pocos documentos que pueden consultarse responden a trabajos producidos en el ámbito universitario, los cuales en su mayoría no han sido publicados.

Dentro de éstos puede consultarse al profesor Juan Felipe Pinilla<sup>22</sup>, autor que plantea la problemática surgida a partir del enriquecimiento de los particulares con ocasión de la plusvalía que generan las obras públicas. Analiza las tesis planteadas por la Corte Suprema de Justicia con ocasión de las demandas impetradas en contra de la Ley 9 de 1989 y por la Corte Constitucional a partir de la Constitución de 1991, en las que resalta la **reconfiguración** del derecho de propiedad frente al derecho urbanístico.

---

<sup>22</sup> PINILLA PINEDA, Juan Felipe, Evolución del sistema urbanístico Colombiano: reflexión pendiente desde el derecho. Bogotá: Ed. Uniandes, 2003.



Adicionalmente se expone la problemática sobre la inequidad en el reparto de cargas y beneficios como resultado de la planeación urbana; la no inclusión del *ius edificandi* en el derecho de propiedad inmobiliaria del ordenamiento jurídico colombiano y, por supuesto, la necesidad apremiante de abordar estos problemas desde la perspectiva jurídica.

De otra parte, *Catalina Villegas*<sup>23</sup> realiza un análisis de la evolución del derecho de propiedad desde el derecho romano, el liberalismo de la revolución francesa y la teoría de León Duguit, respecto de la función social de la propiedad. Pasa luego al estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con ocasión del examen de constitucionalidad de la Ley 9 de 1989 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la nueva Constitución de 1991. El estudio concluye que el derecho de propiedad se encuentra en constante **redefinición** con ocasión de su contenido como función social y a partir del derecho urbanístico.

En la misma línea, Diana López<sup>24</sup> estudia la incidencia del derecho urbanístico en el derecho de propiedad y los tratamientos que sobre el tema pueden extraerse del desarrollo

---

<sup>23</sup> VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina. Análisis del derecho a la propiedad a propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿hacia una redefinición del derecho de propiedad? Bogotá: Universidad de los Andes, Monografía 2004.

<sup>24</sup> LÓPEZ MARIÑO, Diana Alexandra. La ordenación urbanística del suelo y la transformación de la propiedad privada a través del derecho público. Bogotá: Universidad del Rosario, Monografía 2004.



jurisprudencial de la Corte Constitucional y de los avances realizados por doctrinantes mayoritariamente españoles. La autora centra el estudio en los tres principios del derecho urbanístico colombiano.

Destaca la obra, que en el evento en que el núcleo esencial del derecho de propiedad sea vulnerado, en nuestro ordenamiento jurídico se impone la expropiación con indemnización o la compensación urbanística.

Dentro de la doctrina española revisada puede destacarse la obra de Angosto Sáenz<sup>25</sup>, en la cual se señala que la **función social determina el contenido del derecho de propiedad**, para cuyo disfrute o garantía, debe disminuirse la utilidad individual.

De igual forma, se refiere al contenido esencial del derecho, para señalar que debe garantizar tanto los intereses colectivos como el interés individual del propietario. Éste último se vería afectado cuando el contenido de la propiedad no garantiza ningún beneficio al propietario. Así, el *ius edificandi* haría parte del contenido esencial de la propiedad sobre el suelo urbano. De conformidad con lo anterior el autor señala que en el evento en que un suelo urbano, en razón a los reglamentos urbanísticos

---

<sup>25</sup> ANGOSTO SAENZ, José Fulgencio. El ius edificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano. Universidad de Murcia, Murcia (España), 1997.



pierda tal categoría, el Estado estaría obligado a indemnizar la eliminación del *ius edificandi*.

De otra parte, *Martín Valdivia*<sup>26</sup> plantea el debate que se presenta con ocasión de la clasificación del suelo en el ordenamiento español. Así, señala el autor que existe un desequilibrio entre el beneficio que recibe el propietario de terrenos que cercan los centros urbanos cuando se afectan para desarrollos urbanísticos frente a aquellos cuyo uso se limita a la agricultura, pues respecto de éstos se restringe el derecho a edificar (se discute si el *ius edificandi* hace parte o no del núcleo esencial del derecho de propiedad inmueble).

Adicionalmente resalta la problemática que se presenta por la especulación sobre los precios del suelo. Situación en la que los mismos municipios participan, en cuanto que expropián predios, les asignan tratamientos urbanísticos más rentables, para proceder luego a venderlos con la obtención de una alta rentabilidad.

Montero Chiner<sup>27</sup> señala que la simple calificación del suelo genera rentas ficticias que redundan en perjuicio de la ciudad.

---

<sup>26</sup> MARTÍN VALDIVIA, Salvador María, *Urbanismo y especulación: los patrimonios públicos del suelo*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1998.

<sup>27</sup> MONTORO CHINER, Javier, “Urbanismo y vivienda”, en *Estudios jurídicos sobre urbanismo*, Centro de Estudios de Derecho y Ciencias Sociales – Cedecs, Barcelona, 1998, pp.105 y ss.



Así, el suelo, al igual que el costo de las estructuras y las cesiones urbanísticas, contribuye al encarecimiento de la oferta de vivienda, siendo la especulación sobre el primero de éstos, el que mayores costos conlleva.

Lo anterior nos permite verificar que el debate está planteado y se requiere el establecimiento de reglas que faciliten el avance en la discusión.

La propiedad privada sobre el suelo y la necesidad de las ciudades de continuar con un desarrollo ordenado, plantean una confrontación en la que se vislumbra la naturaleza de los distintos intereses.

La problemática debe ser zanjada desde el ejercicio de las funciones legislativas o judiciales, donde se vislumbrarán las posiciones políticas y económicas. No obstante, la academia está llamada a ir mostrando el camino desde una posición un tanto más independiente pero comprometida con el bienestar de la sociedad en general.

## **2.2 La transformación de la propiedad a través de la jurisprudencia colombiana: de la propiedad al núcleo esencial**



El Código Civil define la propiedad como *"el derecho real en una cosa corporal, para gozar y **disponer** de ella [arbitrariamente], no siendo contra ley o contra derecho ajeno"* (art. 669). Dentro de los atributos el Código establece que *"El derecho de **usufructo** es un derecho real que consiste en la facultad de **gozar de una cosa** con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible"* (art. 823) y *"El derecho de **uso** es derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de **gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa**"* (art. 870).

Tales conceptos deben interpretarse a la luz de la Constitución de 1991, que al respecto dispone que *"La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica"*.

A continuación habrá de observarse cuál ha sido la interpretación de las normas antes señaladas, frente al problema planteado.

En Colombia, a raíz de las múltiples demandas que se presentaron en contra de la Ley 9 de 1989, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (con funciones de control constitucional de las leyes) profirió varias sentencias entre



septiembre de 1989 y febrero de 1990, en las cuales abordó el tema de la función social de la propiedad en relación con los procesos urbanísticos.

Esta discusión adquirió mayor relevancia con ocasión de la nueva Constitución Política Colombiana de 1991, a partir de la cual la Corte Constitucional ha continuado desarrollando (o redefiniendo) el concepto de propiedad frente a las competencias que corresponden respecto del ordenamiento territorial.

También el Consejo de Estado ha tenido un especial protagonismo en el citado debate jurídico. Sin embargo, respecto del derecho de propiedad, los pronunciamientos del Consejo de Estado no han sido tan generosos como los de las cortes antes mencionadas. En relación con las regulaciones específicas del derecho urbanístico sí ha habido una gran producción jurisprudencial, la cual resulta de relevancia para la precisión del alcance de la señalada función pública del urbanismo. Esto se debe a que las competencias de esta corporación se enmarcan en el control judicial de las actuaciones de las entidades públicas, las cuales a la vez, tienen a su cargo los asuntos relacionados con la reglamentación y planeación del desarrollo urbanístico, así como su control.



A continuación habrá de hacerse una breve referencia a los que considero los aportes más relevantes en la materia tratada. Los siguientes son algunos de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, respecto del tema.

\* En sentencia del 14 de septiembre de 1989<sup>28</sup>, la Corte se pronuncia sobre los argumentos propuestos en contra de varios artículos de la Ley 9 de 1989, según los cuales: al autorizar el pago de las expropiaciones en títulos valores se vulnera el principio constitucional de la indemnización previa, que no busca garantizar una obligación, sino proporcionar una reparación integral a quien se ha visto privado de un bien y; que la extinción del dominio no está autorizada por ninguna norma constitucional colombiana y las autoridades públicas solo pueden realizar aquellas actuaciones que de manera expresa y precisa les permitan la Constitución.

En este caso la Corte reconoce en el urbanismo, un hecho social trascendental que se origina a raíz de la necesidad de proporcionar un adecuado ordenamiento del espacio de los asentamientos humanos y que constituye un reto para el derecho constitucional y el derecho administrativo. Adicionalmente –entiende la corte- que en el espacio urbano, la función social está determinada por las obligaciones que los

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 14 de septiembre de 1989, magistrados ponentes Hernando Gómez Otálora, Jaime Sanín Freiffenstein y Didimo Páez Velandia, Expediente 1903.



ordenamientos urbanísticos impongan. Así, el adecuado desarrollo de la ciudad no puede quedar al arbitrio de los intereses del propietario del suelo, pues debe responder a la planeación pública.

De acuerdo a lo anterior –a juicio de esa Corporación-, la propiedad debe utilizarse con criterio social y no meramente en beneficio individual del dueño del bien, de manera que el interés público o social condiciona y subordina la iniciativa y el interés particular.

El legislador puede entonces, imponer a los propietarios la obligación de atender los procesos de planeación y gestión urbanística, condicionando la garantía de su derecho (el de propiedad) al cumplimiento de la función social, esto es, a desarrollar y usar sus predios de acuerdo con la planeación de la ciudad y; para la efectividad de sus mandatos puede establecer procedimientos administrativos especiales.

De conformidad con lo anterior, el legislador ha dispuesto que el ordenamiento de las ciudades, sus magnitudes, y su configuración no sean, en absoluto asuntos de naturaleza privada sino de eminente proyección pública en el sentido de que no pertenezcan al arbitrio exclusivo de los intereses abstractos y subjetivos de los propietarios del suelo.



\* En sentencia del 9 de noviembre de 1989<sup>29</sup>, la Corte se pronuncia sobre la demanda de inconstitucionalidad, según la cual la extinción del dominio no está consagrada en la constitución para inmuebles urbanos y se constituye en una expropiación sin indemnización, pues “a pesar de” haberse creado la figura de la función social de la propiedad, ésta no admite la extinción del dominio sino en el extremo de la expropiación sin indemnización por razones de equidad, concepto que racionalmente no se puede analizar sino frente a la capacidad económica del dueño del predio.

Señala la Corte que al propietario se le impone obligaciones relacionadas con el cumplimiento de la función social que le es naturalmente inherente, de manera que el abandono o falta de actos posesorios, constituyen incumplimiento de la función social de la propiedad, lo que conduce a que el Estado no pueda continuar garantizando el derecho.

\* En sentencia del 9 de noviembre de 1989<sup>30</sup>, la Corte se pronuncia sobre una demanda fundamentada en que las cesiones obligatorias gratuitas desconocen el derecho de

---

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 9 de noviembre de 1989, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, Expediente 1918.

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 9 de noviembre de 1989, magistrado ponente Jairo E. Duque Pérez, Expediente 1937.



propiedad, por cuanto suponen expropiación previa o sin motivos de equidad definidos por el legislador.

La Corte advierte que el urbanismo está ligado al concepto de planear para evitar el caos, esto es, la necesidad de organizar el entorno de la ciudad. Así, el urbanismo se entiende como el conjunto de normas de ordenamiento urbano, orientadas para mejorar la habitabilidad de las ciudades, prevenir la adecuada dotación de los servicios públicos, evitar su crecimiento anárquico y reducir los efectos negativos de fenómenos sociales como la acelerada expansión.

Lo anterior permite exigir al propietario la cesión de parte de los terrenos a urbanizar, con el fin de destinarlos para dotación de vías, zonas verdes y servicios comunales, que contribuyan al bienestar de todos los habitantes. Estas cesiones –a juicio de la Corte- no constituyen actos netamente gratuitos, en razón a que el valor de la cesión se recupera en el proceso de urbanización, con los mayores precios que adquiere el suelo dotado de espacio público, servicios públicos y demás elementos necesarios para el uso urbano.

Ahora, han sido muchos los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional alrededor de la relación entre el derecho de propiedad y el derecho urbanístico. En este proceso, el



derecho en sí mismo ha venido siendo objeto de importantes transformaciones que hoy permiten identificar una propiedad sustancialmente distinta de la contenida inicialmente en el Código Civil.

Un primer planteamiento de la Corte, que se considera trascendental en la redefinición de la propiedad, se refiere a la categoría de derecho humano en el cual se enmarca.

\* Desde el inicio del ejercicio de sus competencias, la recién creada Corte Constitucional en Sentencia T-506-92<sup>31</sup> se pronunció sobre la naturaleza del derecho de propiedad al conocer una acción de tutela con fundamento en los siguientes hechos: la Sijin inmovilizó un vehículo al encontrar alterados sus sistemas de identificación y el accionante lo compró conociendo que se encontraba inmovilizado, pero sin indagar por las razones de la medida, por cuanto el Instituto de Tránsito del Cauca había expedido una tarjeta provisional que amparaba al automotor. El accionante argumenta que con dicha actuación quedó vulnerado el derecho de propiedad que le asistía, ya que más que una retención se presentó una confiscación de su bien.

En esa ocasión la Corte señala que la propiedad es un derecho económico y social, pero que en determinadas circunstancias,

---

<sup>31</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-506 del 21 de agosto de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.



frente a casos concretos puede ser considerada como derecho fundamental por conexidad con otros derechos en atención a los estrictos parámetros señalados por los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución misma. Un ejemplo de tales circunstancias, podría ser que la vulneración al derecho de propiedad conllevara un desconocimiento evidente de los derechos fundamentales a la dignidad o a la igualdad.

No obstante, en el caso concreto la Corte concluyó que no puede alegarse la violación de un derecho, en este caso la propiedad, cuando existe duda sobre la adquisición o la licitud del objeto que se busca amparar.

\* En un segundo pronunciamiento de gran relevancia, en 1993 la Corte<sup>32</sup> decide sobre una demanda en contra del Decreto Ley 2655 de 1988, según la cual, al contemplar la causal de extinción del dominio de la propiedad minera por la no inscripción de los títulos en el Registro Minero dentro del año siguiente a la expedición del Decreto, se viola el derecho de propiedad, que sólo puede ser objeto de extinción del dominio por la no explotación económica de los predios y, de expropiación por motivos de utilidad pública o interés general.

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencia C-006 del 18 de enero de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.



Al respecto establece la Corte que la propiedad está compuesta por dos módulos sustancialmente integrados: uno corresponde a la función social que coincide con el momento comunitario y solidario y; el otro corresponde al módulo privado que se orienta a la satisfacción del interés individual que contiene la titularidad del derecho y los poderes y facultades en que se vierte la relación de pertenencia.

Aquí la Corte establece que la función social constituye un elemento estructural de la propiedad privada en tanto que, el interés social y el interés individual contribuyen a conferirle contenido y alcance. El contenido social la condiciona a la realización de las funciones y fines que le asigne el legislador para la obtención de relaciones sociales más equitativas. La función social de la propiedad no conlleva al sometimiento de la propiedad urbana a las atribuciones discrecionales de las autoridades municipales, sino que impone al titular el deber de usarlos conforme a los planes urbanísticos locales, que a la vez deben ser desarrollo administrativo de la ley, de manera que pueden apuntar a la supresión de ciertas facultades o, a su ejercicio condicionado u obligado de ellas (por ejemplo el usus, facultad esencial derivada de la propiedad, puede verse subordinado a la determinación del planeamiento urbano).

Esta sentencia señala adicionalmente que el derecho de propiedad goza de un núcleo esencial referido al nivel mínimo de



libre goce y disposición del bien, el cual debe garantizar un ámbito (aún cuando sea reducido y condicionado) de posibilidades concretas de acción que satisfagan el interés privado (garantía que no puede construirse de manera apriorista y abstracta). El titular debe tener la posibilidad de obtener de la propiedad un nivel de utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio, que justifiquen la presencia de un interés privado. Lo anterior, exige que no se quebrante la igualdad con la imposición de obligaciones excesivas respecto de otros sujetos en situación similar, pues tal desigualdad degeneraría en expropiación. Igual consecuencia se presentaría en el evento en que las limitaciones y obligaciones sociales impuestas al propietario fueran irrazonables y coartaran toda posibilidad efectiva de utilidad puramente individual del derecho.

\* No obstante, también ha señalado la Corte que la propiedad sólo puede ser limitada en atención a la función pública, lo cual puede ocurrir por motivos de salubridad, urbanismo, conservación ambiental, seguridad, etc.<sup>33</sup>. Respondiendo a la misma línea, las limitaciones que impone la función social en aras de la ordenación y el desarrollo equilibrado de las ciudades, especialmente en lo que respecta a los usos del suelo: hacen

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencia C-295 del 29 de julio de 1993, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.



parte del núcleo esencial de la propiedad sobre los predios urbanos<sup>34</sup>.

\* Respecto de los efectos de la expropiación, en 1994 la Corte<sup>35</sup> se pronunció al resolver una tutela. En este caso el concejo del municipio declaró de utilidad pública un predio y autorizó al alcalde para adquirirlo. Sin embargo el alcalde no registró la decisión en la oficina de instrumentos públicos, al parecer por falta de presupuesto. Pese a que la afectación no se había realizado formalmente, el accionante no podía vender, ni obtener licencia para actuaciones urbanísticas, como tampoco se le compensaba económicamente los perjuicios ocasionados con la medida.

Sobre la materia señaló la Corte que la expropiación no altera el núcleo esencial de la propiedad, pues el sacrificio resulta de mínima proporción en razón a que la indemnización previa, garantiza que la carga se equilibre al involucrar a todos los contribuyentes.

No obstante, al resolver el caso concreto la Corte concluye que ciertamente con el acuerdo municipal se le negó al accionante la

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia T-422 del 6 de octubre de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia T-284 del 16 de junio de 1994, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.



posibilidad de realizar diversos actos jurídicos sobre su propiedad. Sin embargo, concluyó que la afectación era inexistente por cuanto, no se notificó ni se registró, además de que al no ser adquirido el bien dentro de los tres años previstos por la ley, el acto quedó sin efecto de pleno derecho.

\* En 1997 la Corte<sup>36</sup> se pronuncia sobre una acción de tutela, según la cual a los accionantes el municipio les había negado la expedición de los paz y salvos necesarios para la tradición y solemnización de algunos actos y negocios jurídicos relacionados con inmuebles, al exigirles algunos requisitos tales como cesión para las franjas de un río, legalización de posesiones, construcción de pozos sépticos, limitaciones para la venta por el número de metros cuadrados de construcción mínimos, etc.

Señala la Corte que si bien la actuación administrativa puede limitar el ejercicio de la propiedad, no puede traspasar o restringir el límite que impone el núcleo esencial de los *"los atributos de la propiedad, como son el usar, el gozar o el disponer legal y patrimonialmente de los bienes privados"*. Este núcleo puede determinarse por los intereses jurídicamente protegidos y se ve afectado cuando los límites impuestos al derecho lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su protección.

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional, sentencia T-245 del 21 de mayo de 1997, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.



La Corte resuelve proteger el derecho de propiedad (en conexidad con el derecho al debido proceso) al encontrar probado que se desconoció su contenido o núcleo esencial, el cual se caracteriza por la decisión unilateral que ejercen sus legítimos titulares sobre el destino económico de las cosas y; en este caso se estaba afectando el uso, el goce y la disposición como prerrogativas del derecho de propiedad sobre los bienes, afectándose el proceso jurídico y económico para transmitirlos patrimonialmente.

\* Al resolver demanda de inconstitucionalidad, en 1999 la Corte<sup>37</sup> resuelve retirar el término arbitrariamente (referido al contenido del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil<sup>38</sup>. La demanda se fundamenta en que el contenido privatista, absolutista y potencialmente ilimitado de la expresión demandada es contraria a las valoraciones axiológicas de solidaridad de la Constitución y a los contenidos y valoraciones políticas y filosóficas del Estado Social de Derecho definidos en la Carta Política.

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia C-595 del 18 de agosto de 1999, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

<sup>38</sup> "Artículo 669. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno."



En esta ocasión, señala la Corte que la función social de la propiedad presenta diversas características, según la naturaleza de los bienes, su clase y titular (incluso la posición económica del poseedor). Resulta también de importancia resaltar que para la alta Corporación *"La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad"*. Aquí advierte que el núcleo esencial del derecho de propiedad está integrado por los atributos de goce y disposición. Este núcleo –a juicio de la Corte- *"en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, contrario sensu, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema"*.

\* En 2006 la Corte resuelve la demanda en contra del artículo 13 de la Ley 2 de 1959 (parte resaltada), la cual señala que con el objeto de conservar la flora y la fauna nacionales, en el Sistema de Parques Nacionales Naturales, quedará prohibida *"la adjudicación de baldíos, **las ventas de tierras**, la caza, la pesca, y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional*



*considera convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona”.<sup>39</sup>*

Para resolver el asunto, la Corte en primer lugar precisa que el Sistema de Parques Nacionales Naturales se integra tanto por terrenos de propiedad pública como de propiedad privada y, que en razón a que los bienes baldíos no son susceptibles de venta (como título traslativo de dominio que permita su adquisición), sino exclusivamente de adjudicación: la prohibición de venta de tierras se refiere a la propiedad privada.

Señala la Corte que el derecho de propiedad se legitima cuando se imponen obligaciones de cumplir con funciones sociales y ecológicas, las cuales son inherentes al reconocimiento del citado derecho. De manera que el titular del derecho sólo está facultado para usar, gozar, explotar y disponer del bien, si a través de su uso se realizan las funciones sociales y ecológicas. No obstante, los límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, deben ser razonables y proporcionados y no afectar el núcleo esencial del derecho.

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional, sentencia C-189 del 15 de marzo de 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.



Para la Corte el Sistema de Parques Nacionales Naturales se puede convertir en un límite al ejercicio de las atribuciones de uso, explotación y disponibilidad del derecho de propiedad privada, lo cual se ajustaría a la Constitución Política, siempre que las restricciones o gravámenes sean razonables y proporcionados y no afecten el núcleo esencial del derecho.

En cuanto se refiere al atributo de la libre disposición o enajenación de los bienes (*ius abutendi*), advierte la Corte que no se pueden crear *"restricciones irrazonables o desproporcionadas, que se traduzcan en el desconocimiento del interés legítimo que le asiste al propietario de obtener una utilidad económica sobre los mismos, tal y como se deduce de la protección de su núcleo esencial"*, de manera que el núcleo esencial no se desconoce cuando se imponen prohibiciones temporales de enajenación o *"limitaciones intemporales o por extensos períodos de tiempo, siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior orientado a realizar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen incólume los atributos de goce, uso y explotación"*.

Así, no se afectaría el núcleo esencial de la propiedad al limitar el atributo de disposición del bien, sino al limitar su uso, goce y explotación, evento en el cual sería obligación del Estado adquirir el respectivo inmueble mediante compra o expropiación.



Al resolver el caso concreto, la Corte estima que la disposición demandada no viola el núcleo esencial del derecho de propiedad privada, pues la prohibición a particulares de vender las tierras que se encuentran en zonas declaradas como Parques Nacionales Naturales: garantiza el cumplimiento de la función ecológica que le es inherente al derecho de dominio (en razón al supuesto de que la sustracción del comercio impide su explotación económica indiscriminada derivada de la colonización agrícola) y; pese a la prohibición de enajenación, se mantienen incólume los atributos de goce, uso y explotación que le permitan al titular del bien, obtener algún tipo de utilidad económica (en actividades investigativas, educativas y recreativas) que justifican la presencia de un interés privado en la propiedad.

La Corte sustenta su tesis respecto de la constitucionalidad de la limitación del atributo de disposición, en que de conformidad con el Código Civil, *"pueden venderse todas las cosas corporales o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley"*, siendo ejemplos de éstas, los siguientes: la cesión a cualquier título del derecho a pedir alimentos; los derechos herenciales de persona no fallecida; el derecho que nace del pacto de retroventa; los derechos de uso y habitación; las cosas que están fuera del comercio; los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona y; las cosas embargadas por



decreto judicial a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Sobre esta sentencia se realizará un análisis más profundo en el capítulo 3.3.2.2.



### 3 CONSTRUCCIÓN DE UNA RESPUESTA

#### 3.1 Los cuatro elementos estructurales de la propiedad.

El concepto clásico de propiedad comprende tres atributos, esto es, uso (*usus*), goce o disfrute (*fructus*) y disposición (*abusus*). En el concepto clásico romano de la propiedad, tales atributos podían ejercerse al libre arbitrio del propietario, quien sólo encontraba límite en el derecho ajeno. Sin embargo, la propiedad históricamente ha venido sufriendo transformaciones que han variado sustancialmente su contenido y alcance.

En esa línea, la Constitución Política Colombiana consagra una propiedad que integra un nuevo elemento de suma importancia. Así, la propiedad hoy **es** una función social.

Ahora, ¿cuál es el alcance de la función social respecto del derecho de propiedad? Como se señaló anteriormente, para la jurisprudencia colombiana, la función social constituye un elemento de la estructura del derecho de propiedad.

Si antes la estructura de la propiedad estaba integrada por 3 atributos, ¿podríamos afirmar que actualmente se compone de



cuatro atributos, a saber: **uso, goce, disposición y función social?**

Veamos. Los tres primeros atributos corresponden al módulo privado (orientado a la satisfacción del interés individual) y el último corresponde al módulo comunitario y solidario del derecho (orientado a la satisfacción del interés solidario o relaciones sociales de equidad).

Sin embargo, pese a que la Constitución señala que la propiedad "es" una función social y que la Corte ha reiterado que la función social hace parte integral de la estructura de la propiedad, pareciera que esta Corporación no estaría de acuerdo en afirmar que la propiedad ahora se compone de cuatro atributos.

Si la función social adquiere la categoría de atributo de la propiedad, constituyéndose como parte de su estructura, podemos decir que aquella le brinda a la propiedad un nuevo contenido que permite redefinirla. Por el contrario, si la función social afecta a la propiedad, pero como un agente externo, no la redefine, sino que la limita o restringe.

Lo anterior, sin embargo, parece traer cierto nivel de confrontación dentro del mismo derecho, pues la función social comprende un contenido cuyo alcance podría reñir con los



demás atributos. ¿Existe realmente tal confrontación?, de ser así, ¿cómo zanjarla?

De otra parte, podría decirse que el término “atributo” al ser asignado a la “función social” enmarcaría en sí mismo una contradicción conceptual, por cuanto la función social antes que atribuirle una facultad al propietario (como sí ocurre con el uso, el goce y la disposición), lo que hace es disminuir el alcance de los atributos clásicos de la misma.

Este presupuesto podría ser cierto si seguimos entendiendo la propiedad como un asunto meramente individualista.

No obstante, observemos que a juicio de la misma Corte Constitucional, los atributos clásicos de la propiedad integran su módulo privado, en tanto que la función social integra su módulo comunitario y solidario. En esta misma línea, para afirmar que la función social ha pasado a ser el cuarto atributo de la propiedad, debemos asimilar previamente que no se trata de un atributo del propietario. La función social, como cuarto atributo de la propiedad, debe ser así mismo entendida como el atributo orientado a la satisfacción del interés solidario o relaciones sociales de equidad.



En otras palabras, el uso, goce y disposición son atributos en cabeza del propietario, en tanto que la función social es el atributo solidario en cabeza de la comunidad.

No obstante lo anterior, para efectos del desarrollo de esta tesis podemos hablar el mismo lenguaje de la Corte Constitucional. Así, como se enunció en el nombre de este título, en adelante me referiré a la función social como el cuarto elemento estructural de la propiedad.

Lo expuesto invita a revisar ¿cuál es ese poderoso contenido de la función social, capaz de poner cortapisa a los centenarios atributos de uno de los derechos de más viejo reconocimiento?

Definir el contenido de la función social de la propiedad, no sólo resulta sumamente difícil, sino que además podría ser contraproducente por el riesgo de limitar su alcance. Esto en razón a que la función social de la propiedad no responde a un contenido predeterminado, sino que podría decirse que hace parte de las denominadas normas en blanco, cuyo contenido se concreta en el derecho que en un caso específico se requiera garantizar.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Si bien este contenido puede ser dado a través de las decisiones políticas, legislativas o judiciales, desde este ejercicio académico considero que conviene más a la garantía del derecho que se brinden pautas para orientar las decisiones en los casos concretos, sin agotar el tema en definiciones cerradas.



Así, la función social de la propiedad adquiere contenido en la medida en que el bien se destina al cumplimiento de una finalidad propia de su naturaleza, en beneficio de una persona, un grupo o la sociedad en general, es decir, en la medida en que el bien desarrolla su módulo comunitario y solidario.

Ahora, ¿de dónde se obtiene esa "naturaleza"? Toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano: la clasificación del suelo, la asignación de tratamientos, de condiciones de edificabilidad y de usos, la realiza el estado mediante la acción urbanística, es éste quien determina cómo se puede usar o explotar económicamente un predio.

Entonces, el contenido del derecho de propiedad del suelo, comprende la facultad de usarlo, gozarlo o disponer de él, pero dentro de los parámetros asignados por la acción urbanística, pues el derecho de usar, gozar o disponer, no contiene en sí mismo un elemento específico que pueda ser oponible al interés general.

La propiedad no integra la facultad de ejercer cualquier uso al arbitrio del titular del derecho. No obstante, sí comprende el derecho a que se le asigne algún tipo de facultades de uso efectivamente realizables y que verdaderamente justifiquen la presencia de un interés privado.



Ahora, el contenido óptimo de la función social se presenta cuando la destinación del bien conlleva a la protección de otro derecho, radicado este último en cabeza de un sujeto (o grupo de sujetos) distinto del titular del dominio. Derechos que tradicionalmente se enmarcan en el grupo de los llamados colectivos (el medio ambiente es uno de los más comunes), pero que también puede pertenecer a la categoría de derechos sociales (vivienda) o fundamentales (vida digna). Veamos:

El ejercicio que se ha realizado en la presente tesis, permite mostrar una función social de la propiedad, cuya identificación concreta se reconoce a través del contenido de los derechos colectivos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía.

Esta circunstancia concreta tiene una particularidad especial, por cuanto la protección constitucional de los derechos al adecuado ordenamiento de la ciudad y al espacio público contenida en el artículo 82, consagra una finalidad dirigida al uso e interés común, que prevalece sobre el interés particular. Condición también incorporada en el derecho de propiedad, que a la luz del artículo 58 dispone que *"Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social"*.



De igual forma, el desarrollo legal de los citados derechos consagra como principios del ordenamiento de la ciudad: la función social y ecológica de la propiedad, la prevalencia del interés general sobre el particular y, la distribución equitativa de las cargas y los beneficios.

De conformidad con los presupuestos antes señalados, la función social de la propiedad privada sobre el suelo (en inmuebles en general), se concreta en la medida en que cumple la obligación de contribuir a garantizar los derechos colectivos al adecuado ordenamiento de la ciudad, el espacio público y la participación en plusvalía.

Por ejemplo: una casa que se encuentra vacía, en principio no estaría cumpliendo con la función social de la propiedad. Sin embargo, si ésta es arrendada a una familia que requiere habitarla, entraría a garantizar el derecho a vivienda a tal familia y a cumplir con la función social.

Así mismo un inmueble en el que funciona una tienda estaría cumpliendo con la función social de garantizar el derecho al trabajo a quienes laboran allí, el mínimo vital a sus familias, dotación de artículos de primera necesidad a los vecinos, etc.



Un inmueble en el que se desarrolla un uso agropecuario, contribuiría por su parte a la provisión de alimentos a la población, además de constituir un instrumento para la garantía del derecho al trabajo y al mínimo vital.

Sin embargo, como se ha dicho que el alcance de la función social sólo se puede definir a partir de los casos concretos, resulta necesario precisar: ¿qué pasa cuando los derechos colectivos se contraponen al de propiedad?, ¿existe o no, un límite ante el cual debe ceder la propiedad? y ¿tienen la categoría de absolutos, los señalados derechos colectivos?

En primera medida debe precisarse que en Colombia no existen derechos absolutos. Frente a la contraposición de dos derechos, ha dicho la Corte Constitucional que debe procederse a la realización de un test de proporcionalidad, que permita ponderar uno y otro derecho, de manera que ambos se vean garantizados al máximo posible o, aún cuando sea en su mínima expresión, esto es, en su núcleo esencial.<sup>42</sup>

### **3.2 El núcleo esencial de la propiedad.**

Lo anterior brinda un nuevo interrogante, esto es, ¿cuál es el núcleo esencial del derecho de propiedad? La Corte

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia C-475 del 25 de septiembre de 1997, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.



Constitucional ha brindado importantes herramientas que permiten avanzar en el estudio.

Para esa Corporación, la función social puede conducir a la supresión o condicionamiento en el ejercicio de ciertas facultades o a la imposición de otras, pero en todo caso, el derecho de propiedad debe conservar para su titular, la posibilidad de obtener un nivel mínimo de utilidad económica en valor de uso y valor de cambio, que garantice (o justifique) la existencia de un módulo privado. En éstos términos, la imposición de obligaciones urbanísticas que conduzcan a coartar toda posibilidad de utilidad individual del derecho, conduciría a su vulneración.

Ahora, se ha dicho que el módulo privado de la propiedad está integrado por tres atributos, los cuales pueden ser afectados conjunta o individualmente por las acciones urbanísticas que dan contenido a los derechos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía. Lo anterior amerita precisar ¿qué ocurre en el evento en que la función social afecte la propiedad, hasta el nivel de eliminación de sólo uno de los atributos del módulo privado?

La propiedad puede ser separada en “nuda propiedad”, que hace referencia a la facultad de disposición y; “posesión” que hace referencia a la tenencia con ánimo de señor y dueño, lo cual



puede integrar el uso y goce. Sin embargo, los atributos separados de esa forma, **no constituyen propiedad**, sino simples derechos reales respecto de la cosa.

Por ejemplo, si un predio es ocupado por alguien que llega a ejercer la tenencia con ánimo de señor y dueño, éste adquiere la categoría de poseedor y el propietario, al ser despojado de sus derechos de uso y goce, queda convertido en nudo propietario. De igual forma, si un propietario protocoliza escrituras públicas cediendo la propiedad de su predio, pero no hace entrega del mismo y continúa ocupándolo con ánimo de señor y dueño, habría perdido su derecho de dominio y se constituiría en simple poseedor; no propietario.

Así, el derecho de propiedad debe integrar los cuatro elementos estructurales señalados, para ser catalogado como tal y para estar constitucionalmente garantizado. Ahora, si uno de los tres atributos del módulo privado fuere eliminado en razón a una acción o actuación urbanística, a mi juicio, tal circunstancia, rompería la estructura de la propiedad, desmembrándola y sobrepasando el límite de acción de la función social, lo cual redundaría en vulneración del derecho.

En consecuencia, la función social de la propiedad hallaría su límite en el núcleo esencial de cada uno de los atributos del módulo privado de la propiedad, y no como señala la Corte



Constitucional en un simple nivel de utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio.

Respecto de esta posición de la Corte, debe considerarse que la propiedad es mucho más que valor que pueda asignársele al uso, el cual corresponde a sólo uno de sus cuatro elementos estructurales (el uso, no su valor) y; también es mucho más que una utilidad económica o valor de cambio, pues esto reduce la propiedad al precio, lo cual podría considerarse más como una compensación del derecho que como el derecho mismo.

Adicionalmente, si las reglas de ponderación entre derechos indica que la confrontación entre ellos no conduce a la eliminación de uno, sino a la preservación de todos, al menos hasta los límites que impone su núcleo esencial: de la misma manera los cuatro elementos estructurales de la propiedad en el evento de una confrontación, deben garantizarse cuando menos hasta el límite de su núcleo esencial.

Esto nos plantea nuevas situaciones a estudiar. En primer lugar, debe resolverse si ¿la función social, siendo parte estructural de la propiedad, debe desarrollarse únicamente cuando el Estado lo reclama?, o ¿éste es un contenido que debe garantizarse siempre?; en segundo lugar, ¿qué ocurriría si el elemento estructural que se vulnera es el de la función social?; en tercer lugar, ¿puede hablarse también de un núcleo esencial de la



función social como elemento estructural de la propiedad? y; en cuarto lugar, en caso afirmativo ¿bastaría con garantizar este núcleo esencial? o ¿la función social sí debe garantizarse al máximo posible?

Veamos. Frente al primer interrogante, es preciso señalar que la Constitución contempla que la propiedad “es” una función social, de manera que este elemento estructural entra a definir claramente el concepto.

Nótese que si al ejercicio de los derechos reales sobre un bien, le falta el uso, el goce o al disposición: no es propiedad. De manera que si le falta la función social, no sería propiedad, luego no correspondería garantizarse como tal.

Como se dijo inicialmente, al respecto la Corte Suprema de Justicia<sup>43</sup> señaló que la garantía del derecho de propiedad estaba condicionada al cumplimiento de la función social, en el desarrollo y uso de los predios. En el mismo sentido, la Corte Constitucional<sup>44</sup> ha establecido que el titular del derecho de propiedad sólo está facultado a ejercer los derechos de uso,

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 14 de septiembre de 1989, magistrados ponentes Hernando Gómez Otálora, Jaime Sanín Greiffenstein y Dirimo Páez Velandia, Expediente 1903.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia C-189 del 15 de marzo de 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.



goce y disposición del bien, si a través de su uso se cumple con la condición de realizar las funciones sociales y ecológicas.

Lo anterior permite concluir que si no se garantiza el cumplimiento de la función social, el Estado no está obligado a garantizar el derecho de propiedad y el titular del derecho no estaría facultado para ejercer sus derechos.

Es decir, que el derecho de usar, gozar y disponer de un bien, sólo está constitucionalmente garantizado a aquellos que en el ejercicio de tales derechos, garanticen el cumplimiento de la función social.

La tesis jurisprudencial indicada muestra que el abandono o falta de actos posesorios, constituyen incumplimiento de la función social, lo que conduce a que el Estado no pueda continuar garantizando el derecho<sup>45</sup>. La jurisprudencia constitucional debe tener en cuenta que la simple presencia de actos posesorios no constituyen desarrollo de la función social, pues el derecho sólo debería garantizarse, si tales actos materiales integren al ejercicio de la propiedad, un verdadero cumplimiento de la función social.

---

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 9 de noviembre de 1989, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, Expediente 1918.



De esta manera si alguien pretende la adquisición de la propiedad mediante una acción posesoria, no le bastaría probar que ha ejercido actos posesorios durante cierto tiempo, sino que debe acreditar que tales actos materiales han incorporado un claro cumplimiento de la función social.

De otra parte el Estado tendría que entrar a adoptar medidas frente al cumplimiento de la función social de los inmuebles que se encuentran desocupados en la ciudad (y en muchos casos hasta abandonados al deterioro), más aún con los déficits de vivienda digna que se presentan en el contexto nacional. De esta manera una vivienda de tal índole, bien podría ser tomada por el Estado para dar solución a los déficits habitacionales, dándole su contenido de función social a la propiedad.

Ahora, las Cortes citadas establecen que la función social solo podría realizarse a través del atributo de uso, lo cual no comparto. A mi juicio, a través de cualquiera de los atributos del modulo privado del derecho, puede garantizarse la función social, toda vez que constitucionalmente ella hace parte del derecho en su integridad y no sólo del atributo de uso.

Lo anterior plantea el reto de establecer las reglas que permitan conocer el núcleo esencial de cada uno de los atributos de la propiedad, a partir de su componente de función social y teniendo como referente el derecho al adecuado ordenamiento



urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía.

En primera medida debe recordarse que en el evento de que se presente conflicto entre dos derechos, la regla general debe ser que ambos se vean garantizados al máximo posible o, aún cuando sea en su mínima expresión, es decir, en su núcleo esencial.

Para tal efecto debe procederse a la ponderación para verificar si la limitación de un derecho se justifica constitucionalmente, teniendo en cuenta que su núcleo esencial no puede ser vulnerado. Para tal efecto se debe verificar que la medida restrictiva: busque un objetivo constitucionalmente válido (suficientemente apta o adecuada para lograr la finalidad); que sea necesaria (alternativa menos gravosa) y; que sea proporcionada en sentido estricto (los beneficios que genera sean mayores que la restricción del derecho).<sup>46</sup>

### **3.2.1 Núcleo esencial de la función social**

En primer lugar es necesario recapitular algunos conceptos que se han venido exponiendo. Así, la función social, como norma en blanco, concreta su contenido cuando el bien se destina al

---

<sup>46</sup> Corte Constitucional, sentencia C-544 del 28 de julio de 2007, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.



cumplimiento de una finalidad propia de su naturaleza, que conduce a la garantía de otro derecho, que bien puede ser fundamental, social o colectivo.

Ahora, como se ha visto, suele ser la acción urbanística del Estado la que define esta naturaleza. Así, respecto del suelo urbano, la acción urbanística puede contemplar que un predio determinado corresponde a la categoría de usos residenciales y comerciales. Si este predio se destina para la residencia de una familia, estaría cumpliendo con la función social de proveer vivienda a unos miembros de la sociedad y en ello encontraría satisfecha la función social (independientemente de si quien la habita es el propietario o un tercero a título oneroso o gratuito). Si de otra parte, en el predio se implanta un establecimiento comercial, estaría cumpliendo con la función social de proveer trabajo, mínimo vital, crecimiento económico, etc.

Si adicional a cualquiera de las dos opciones antes señaladas, el propietario presta gratuitamente a la comunidad del barrio parte de los espacios del bien, para que en las tardes se reúna allí a un grupo de niños que reciben desayunos y recreación, el nivel de función social con el que se estaría cumpliendo sería de categoría aún superior.



Si por el contrario, el inmueble permanece desocupado y sin aportar a la sociedad ningún tipo de beneficio propio de su naturaleza, se estaría incumpliendo con la función social.

La Constitución no establece cuál es el grado ni el contenido que debe integrar la función social. Así, puede haber mínimos y máximos de cumplimiento de ese atributo, lo cual permite concluir que tratándose de mínimos, estaríamos frente al núcleo esencial de la función social como atributo de la propiedad, con lo cual estaría garantizado el derecho. Lo anterior sin perjuicio de que el interés social en determinados momentos exija mayores niveles de función social a tal propiedad en cada caso concreto.

### **3.3 Acciones y actuaciones urbanísticas: un proceso transformador del derecho de propiedad.**

A continuación se pretende presentar sucintamente algunas de las acciones y actuaciones urbanísticas de mayor relevancia para la problemática que nos ocupa.

Retomando lo anterior, si la acción urbanística se enmarca dentro de los contenidos inherentes a la función social, simplemente se estaría determinando el contenido de la propiedad.



No obstante, si la acción urbanística genera situaciones en las cuales se afecte el núcleo esencial de alguno de los atributos de la propiedad, como se ha dicho, vulnera la propiedad misma. El beneficio que recibe la sociedad con la acción urbanística, bien puede ser legítimo, pero al vulnerar el derecho de uno de sus integrantes, se afecta el principio de distribución equitativa de las cargas y los beneficios.

Como el propietario no está constitucionalmente obligado a soportar sólo la carga de las acciones urbanísticas que se crean para el beneficio común, al vulnerarse su derecho de propiedad, estaría legitimado para requerir el restablecimiento del equilibrio en el reparto de cargas y beneficios.

De igual forma, si la acción urbanística afecta el principio de distribución equitativa de las cargas y los beneficios pero respetando el núcleo esencial de los atributos de la propiedad, el afectado tendría derecho a una justa indemnización por la mayor carga impuesta, de manera que se garantice el restablecimiento del equilibrio señalado.

Así, habrá de lograrse el objetivo de establecer las consecuencias que las acciones urbanísticas pueden tener respecto de la institución de la propiedad privada y la propiedad pública y, fijar las reglas que permitan conocer el núcleo esencial de cada uno de los elementos estructurales de la propiedad, a



partir de su componente de función social y teniendo como referente el derecho al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía; de manera tal que puedan proponerse mecanismos que permitan el adecuado desarrollo de los centros urbanos, guardando el equilibrio entre el interés particular y el interés general en relación con el equitativo reparto de las cargas y beneficios.

### **3.3.1 La clasificación del suelo y su uso, ocupación y aprovechamiento.**

Una de las acciones urbanísticas la constituye la clasificación del territorio municipal en suelo urbano, rural y de expansión urbana, acción que, como se mencionó anteriormente, hace parte de las normas urbanísticas estructurales contenidas en el POT del municipio.

El suelo urbano está conformado por las áreas del territorio destinadas a usos tales como la urbanización y edificación. Sólo pueden clasificarse en esta categoría los suelos que cuenten con infraestructura vial y redes primarias de energía, acueducto y alcantarillado.

El suelo rural lo conforman las áreas del territorio no aptas para el uso urbano, por razones de oportunidad, o por su destinación



a usos agrícolas, ganaderos, forestales, de explotación de recursos naturales y actividades análogas.

Del suelo de expansión urbana hace parte la porción del territorio municipal que se destine para ser habilitado para el uso urbano durante la vigencia del plan de ordenamiento, según las previsiones de crecimiento de la ciudad y la posibilidad de dotación con infraestructura para el sistema vial, de transporte, de servicios públicos domiciliarios, áreas libres, parques y equipamiento colectivo de interés público o social. Su inclusión al suelo urbano lo determinan los Programas de Ejecución.

La clasificación de un terreno en suelo urbano representa para el propietario la oportunidad de desarrollarlo urbanísticamente y/o edificarlo, lo cual implica la posibilidad de destinar el suelo a usos como el residencial, comercial, industrial, etc. Tal situación conlleva mayores posibilidades de explotación económica y en consecuencia mayor valor económico del suelo.

Por el contrario, si el suelo se clasifica como rural, resulta jurídicamente inviable su desarrollo urbanístico y/o edificación, pues su explotación se restringe exclusivamente al uso agrícola, pecuario o similares, lo cual disminuye la rentabilidad económica y limita los precios del suelo.



Así, la clasificación de un terreno como suelo rural, constituye una condición jurídica que frena los niveles de rentabilidad en la explotación económica y conlleva un menor valor frente a los terrenos clasificados como suelos urbanos.

En esa medida, para el propietario, el estado ideal del ejercicio de su derecho sería aquel en el cual no estuviera sujeto a la planeación urbanística, sino que pudiera desarrollar y construir libremente su predio, en el momento y la forma deseada. Sin embargo, en atención a las acciones urbanísticas de clasificación del suelo, el ejercicio de su derecho ha quedado lejos de tener tal alcance.

Lo anterior refleja el modo como el valor del suelo y la rentabilidad económica que su explotación puede generar, dependen de la clasificación del suelo que adopte el POT. Así, el alcance o contenido del derecho de propiedad, no estaría dado por una definición previa del derecho, sino que estará supeditado al resultado de las acciones urbanísticas del municipio.

Otra de las acciones urbanísticas que compete a los municipios a través del POT, consiste en reglamentar de manera específica los usos, ocupación y aprovechamiento del suelo en las áreas urbanas, de expansión y rurales.



La competencia implica establecer cuáles suelos serán aptos para usos residenciales, comerciales, industriales, institucionales, etc. También incluye la determinación respecto de la intensidad del uso permitido, los porcentajes de ocupación y construcción, las condiciones de edificabilidad (retiros, aislamientos, empates, volumetrías, alturas), etc.

Esta clase de acciones hacen parte de las denominadas normas urbanísticas generales, las cuales otorgan derechos e imponen obligaciones urbanísticas a los propietarios. Así, dentro del concepto de función pública del ordenamiento del territorio, se contempla como uno de los fines principales el de atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad.

La problemática se presenta por cuanto la reglamentación de tales usos permite al ente territorial asignar a unos predios la posibilidad de desarrollar sólo el uso residencial, en tanto que a otros permite el desarrollo de uso comercial o industrial. Así mismo, en atención a la norma de uso del suelo asignada un predio puede desarrollar conjunta o alternativamente el comercio de pequeña escala o de primera necesidad (por ejemplo tienda), comercio de mayor impacto y comercio de escala metropolitana (por ejemplo centro comercial), en tanto



que a otros predios los limita, permitiendo sólo el desarrollo de comercio de primera necesidad.

De igual manera, dentro de las condiciones de edificabilidad de un predio, el POT o sus reglamentos pueden disponer que algunos no requieren antejardín, otros lo requieren en área de 2 metros y otros de 5 metros. Recordemos que esto implica que tales zonas de los bienes privados pasan a hacer parte del espacio público de la ciudad, el cual no puede ser edificado, debe estar arborizado y sus usos estarán limitados, quedando prohibida su destinación a actividades como el comercio o estacionamientos.

De otra parte, dentro de los procesos de ordenamiento del suelo urbano, la acción urbanística puede establecer que algunos predios sólo pueden ser edificables hasta 2 pisos, en tanto que otros pueden desarrollar alturas de 20 o más pisos; que ciertos predios requieren aislamientos laterales en tanto que otros no; que algunos puedan desarrollar mayores o menores índices de ocupación (máximo porcentaje del suelo que puede ocuparse en el primer nivel o terreno) y de construcción (máximo de metros cuadrados que puede construirse en proporción al área del suelo); etc.

De la mano con este tema, está la posibilidad de que el POT determine que cierto porcentaje del suelo urbanizable sea



obligatoriamente destinado al desarrollo de programas de vivienda de interés social.

Así, estamos nuevamente frente a un caso en el que el alcance o contenido del derecho de propiedad, no estaría dado por una definición previa del derecho, sino que estará supeditado al resultado de las acciones urbanísticas del municipio.

De la clasificación que la acción urbanística otorgue al suelo, depende el precio y los niveles de rentabilidad económica del mismo. Así, el suelo que se clasifique como urbano adquirirá un precio sumamente mayor al del suelo rural o de expansión. De la misma forma, el suelo (especialmente el urbano) adquirirá un mayor o menor valor dependiendo de los usos (e intensidad de los mismos) y las condiciones de edificabilidad que se le asignen.

Lo ideal para un propietario de suelo (desde la perspectiva individualista) sería que su facultad de explotar su predio no estuviera sometida a ningún tipo de reglamentación, de manera que pudiera destinarlo a la actividad que mayor rentabilidad le generara. No obstante, los municipios tienen la facultad y obligación de planear adecuadamente las ciudades a través de los planes de ordenamiento territorial y es éste el interés que prevalece.



Evidentemente la organización de las ciudades requiere de una planeación dirigida a garantizar el interés general. Una ciudad sin clasificación del suelo en beneficio del interés general, crecería desordenadamente.

Así, cada propietario de finca o predio de mayor extensión querría lotear y vender a precio de suelo construible, sin importar la viabilidad de dotación de servicios públicos, espacio público, medios de transporte, etc., bajo la perspectiva de que estos costos pudieran ser asumidos por el Estado que a la vez pagaría con los impuestos de los demás ciudadanos, quienes ninguna rentabilidad estarían devengando de la acción del propietario urbanizador. De igual forma, en una misma manzana podría ubicarse un colegio, un establecimiento de prostitución, una iglesia, una industria de procesamiento de cueros, etc.

De manera que el ejercicio de la acción urbanística exige el tipo de intervención señalado (clasificación del suelo y demás) para garantizar los derechos colectivos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía.

El ejercicio de la acción urbanística en la clasificación del suelo y en la asignación de usos y condiciones de edificabilidad, debe integrar entonces la materialización de la función social de la propiedad, para que el desarrollo de las ciudades sea ordenado y



en beneficio del interés general, que en este tipo de acciones debe prevalecer sobre los intereses individuales.

Ahora, determinar cuál es el estado de la propiedad frente a la función social en este tipo de situaciones, requiere precisar cuál es el contenido de la misma.

Así, ¿tiene derecho el propietario del suelo a que éste sea clasificado como urbano y no como rural?; ¿tiene derecho a usar su suelo en actividades comerciales, industriales o residenciales a su libre albedrío? o; ¿tiene derecho a construir? y en caso afirmativo ¿tiene derecho a construir el número de pisos que desee?

En el marco del ordenamiento jurídico colombiano la respuesta es No. El propietario tiene derecho a usar, gozar y disponer de su predio, pero esas facultades deben comprender la materialización de la función social.

Respecto de la facultad de usar, dijimos que se garantiza la función social cuando el bien se destina al cumplimiento de una finalidad propia de su naturaleza, la cual es asignada por la acción urbanística. De manera que el propietario no tiene derecho a determinar la clasificación o uso del suelo, pero sí tiene derecho a que su suelo esté clasificado y tenga asignados



unos usos que verdaderamente justifiquen la presencia de un interés privado.

Así, si su suelo es clasificado como rural, debe asignársele un tipo de usos propios de esta clasificación que le permitan al titular del derecho usar y gozar su propiedad. Igual debe ocurrir si su predio se clasifica como urbano o de expansión urbana.

Lo anterior permite concluir que si al suelo se ha asignado una clasificación y usos que le permitan al titular del derecho usar y gozar de su predio, la propiedad se hallará plenamente garantizada. Adicionalmente con el desarrollo de los usos tendrá la posibilidad de cumplir con la función social.

Ahora, si por ejemplo, un propietario de suelo rural tiene interés en la crianza de cerdos, pero en su predio sólo se permite el cultivo de flores, puede vender su propiedad a alguien interesado en este tipo de usos y comprar en donde se permita la actividad pecuaria de su preferencia, de manera que prime el interés general protegido en la planeación urbanística.

Un problema distinto es el de la asignación de facultades de usar o gozar de la propiedad, con parámetros más o menos ventajosos entre unos predios y otros.



Debe estudiarse qué pasa cuando a un predio se le asignan facultades de goce que comprenden la construcción de 20 pisos y a otro sólo se le permite la construcción de 2 pisos. La materia que aquí se vislumbra es un problema de igualdad: aspecto que habrá de tratarse en capítulo aparte, donde se analizará conjuntamente con el tema de las plusvalías.

### **3.3.2 Suelo de protección y espacio público.**

Ya se ha hecho referencia a los conceptos de constitución de suelo protegido y espacio público. Ahora se pretende analizar los hechos que originan los choques de estas acciones urbanísticas con el derecho de propiedad.

#### **3.3.2.1 Cerros orientales de Bogotá**

Se ha hablado de los cerros orientales de Bogotá como suelo protegido en la categoría de reserva forestal. Miremos este caso.

Hoy la protección de los cerros orientales de Bogotá hace parte de las discusiones más álgidas que se vienen presentando entre distintos órganos y entidades que hacen parte del Distrito Capital, los medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales y la sociedad misma.



La CAR sin tener la competencia, ha realizado desincorporaciones de áreas de la reserva; el Distrito Capital, también sin competencia, ha aprobado legalizaciones de desarrollos urbanísticos irregularmente realizados allí; las curadurías urbanas han expedido licencias para la construcción en tales zonas de suelo protegido, que permiten a sus propietarios el aprovechamiento económico de sus predios y; de otra parte, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial ha querido disminuir la zona de protección, reconociendo la situación real de ocupación del suelo protegido<sup>47</sup>. La discusión respecto de validez jurídica de la Resolución del Ministerio, los actos de desincorporación, los de legalización y las licencias de construcción otorgadas, han sido puestos en consideración de la justicia y de la opinión pública.

Si bien muchos de estos predios hacen parte de la propiedad privada y algunas de las construcciones que se adelantan están amparadas en actos emitidos por autoridad competente, cuya presunción de legalidad alegan los particulares interesados: lo cierto es que existe un conflicto de intereses, respecto del cual las discusiones están abiertas.

---

<sup>47</sup> Sobre los aspectos planteados se puede consultar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, proferida el 29 de septiembre de 2006, Magistrado ponente César Palomino Cortés, expediente AP-2005-0662. Esta decisión se encuentra en apelación en el Consejo de Estado.



Respecto de la reserva forestal de los cerros orientales, la norma aplicable en término de usos es la Resolución No. 0463 del 14 de abril de 2005<sup>48</sup> mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial redelimita la Reserva Forestal Protectora Bosque Oriental de Bogotá, adopta su zonificación y reglamentación de usos y establece las determinantes para el ordenamiento y manejo de los Cerros Orientales de Bogotá. Esta Resolución dispone que los cerros estarán divididos en 4 zonas. Así, la primera se denomina "*Zona de Conservación*" la cual estará "*destinada al mantenimiento permanente de la vegetación nativa de los Cerros Orientales en sus diferentes estados sucesionales*".

Ahora, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, mediante Resolución No. 1141 del 12 de abril de 2006 adoptó el Plan de Manejo Ambiental de la Zona de Reserva Forestal Protectora Bosque Oriental de Bogotá, y respecto de la "Zona de Conservación": establece que el uso principal será "Forestal protector"; señala cuales se tendrán por usos condicionados (aprovechamiento del paisaje, educación ambiental, investigación ambiental, recreación pasiva, instalación de infraestructura de servicios y de seguridad, regeneración natural asistida, labores silvícolas de mantenimiento en las áreas de

---

<sup>48</sup> La protección original de la reserva fue establecida por el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -Inderena-, mediante Acuerdo 30 del 30 de septiembre de 1976 (Aprobado por la Resolución No. 0076 del 31 de marzo de 1977 del Ministerio de Agricultura).



bosque nativo, conservación y fomento de la vida silvestre y aprovechamiento indirecto de los bosques y, por ende, la obtención de los productos secundarios del mismo) y; dispone que serán usos prohibidos los agropecuarios, industriales, urbanísticos, minería, disposición de residuos sólidos, vertimientos y uso de sustancias tóxicas o químicas, y todos aquellos que no estén contemplados como usos principales o condicionados, o no se encuentren expresamente autorizados en el artículo 3° de la Resolución 463 de 2005.

Es claro que este tipo de bienes integran un altísimo nivel de función social, pues contribuyen a la preservación de los recursos naturales, lo cual redundará en el bienestar de todos los ciudadanos contemporáneos y de las futuras generaciones. Miremos entonces cómo puede el propietario ejercer sus atributos de uso, goce y disposición.

El propietario no puede construir allí una vivienda para residenciarse, no puede cultivar, ni realizar actividades pecuarias, mucho menos industriales o comerciales. Él podría destinar el bien para la protección de los recursos forestales. Adicionalmente con el cumplimiento de ciertas condiciones, podría realizar actividades como educación ambiental, mantenimiento del bosque, etc. Lo anterior conduce a que no podrá ejercer su facultad de usar, y por ende de gozar el bien.



Respecto del atributo de disposición, legalmente no existe nada que le impida enajenar, hipotecar o cualquier acción de dominio. Sin embargo, en la realidad difícilmente encontraría a un banco interesado por ejemplo en otorgar un crédito respaldado por una hipoteca sobre este tipo de bienes.

Nótese que en estas áreas, aún cuando se trate de propiedad privada, el uso principal es el de protección de la vegetación nativa. Si bien se permiten algunos usos, ello será de manera condicionada y en todo caso, responden a actividades propias del Estado o de organizaciones sin ánimo de lucro, que por supuesto, dejan al propietario sin la posibilidad de desarrollar actividades lucrativas o que generen algún tipo de beneficio personal.

La situación descrita permite verificar que respecto de este tipo de bienes, el titular del derecho de propiedad pierde toda posibilidad de ejercer los atributos de uso y goce del bien.

El ejercicio de su derecho ha quedado sometido al interés general. Los beneficios que recibe el propietario respecto del bien, son los mismos que recibe cualquier otro ciudadano, esto es, contemplar el paisaje forestal, respirar su aire y disfrutar de la preservación de una gran riqueza natural. La propiedad en este caso no genera algún tipo de beneficio personal y excluyente.



De conformidad con lo expuesto, en el presente caso se vulnera el núcleo esencial de los atributos de uso y goce de la propiedad, de manera que ésta queda convertida en nuda propiedad.

### 3.3.2.2 Los parques naturales en la sentencia C-189-06

Para profundizar un poco más este tipo de situaciones, veamos el caso estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia C-189-06, al que ya hicimos referencia.

Como se dijo anteriormente, la norma prohíbe la venta de tierras de los Parques Naturales y la Corte declaró que la prohibición hacía referencia a tierras de propiedad privada y que ello era constitucionalmente aceptable, por cuanto no afectaba el núcleo esencial del derecho: decisión que **no comparto** por las razones que se exponen a continuación.

**a).** Ciertamente, como lo dijo la Corte, el Sistema de Parques Nacionales Naturales se integra tanto por terrenos de propiedad pública como de propiedad privada y, los bienes baldíos no son susceptibles de venta, sino exclusivamente de adjudicación: luego, los bienes baldíos no pueden ser vendidos.

Sin embargo, los bienes baldíos no son la única clase de propiedad pública que existe en el ordenamiento jurídico



colombiano. También existen los bienes fiscales distintos a baldíos (los baldíos son una categoría de fiscales), respecto de los cuales sí es factible establecer prohibición de venta y; los bienes de uso público (cuya naturaleza puede ser cambiada a bien fiscal).

**b).** También señala la Corte que el núcleo esencial de la propiedad sólo se afecta al limitar los atributos de uso y goce y no el de disposición del bien. Como ya se ha indicado, al retirarle uno de los atributos a la propiedad, ésta queda desmembrada, además de que no se puede limitar al simple aprovechamiento económico, pues tal noción atenta precisamente contra la función social. Así, quien disfruta del uso y el goce, sin facultades de disposición, queda convertido en un simple poseedor, a quien también aquí se vulnera el derecho de propiedad.

**c).** Para la Corte, los límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, deben: (i) preservar un interés superior orientado a realizar los fines del Estado Social de Derecho (suficientemente apta o adecuada para lograr la finalidad); (ii) ser razonables y proporcionados (los beneficios que genera sean mayores que la restricción del derecho); (iii) no afectar el núcleo esencial del derecho (posibilidad de obtener utilidad económica) y; (iv) mantener *"incólume los atributos de goce, uso y explotación"*.



Veamos: ¿en qué contribuye al interés que se busca proteger, la prohibición de enajenar la propiedad privada que haga parte de los Parques Nacionales Naturales? En mi criterio la respuesta es “en nada”.

La Corte señala que la sustracción del comercio impide su explotación económica indiscriminada derivada de la colonización agrícola. Creo que ello sería válido si el bien se sustrajera de la propiedad privada mediante expropiación o cualquier otro mecanismo legal, pero prohibir que el propietario actual (que al azar ostentaba el derecho al momento de expedición de la norma) pueda enajenar, no garantiza que éste sea más proteccionista que un eventual nuevo propietario. De otra parte, si ya hay propiedad privada, ya hay “colonización” (y esta no se modifica al prohibir la enajenación) y; la utilización “agrícola” se controla mediante la reglamentación de los usos, no con la prohibición de enajenación.

De otra parte, al prohibir la enajenación, lo que en la práctica se obtiene es el fomento de la venta del derecho real de posesión, generándose desordenes en el registro de la propiedad.

Resulta una contradicción pretender que se mantengan incólumes los atributos de uso y goce y que a la vez, se restrinja la propiedad a la posibilidad de obtener alguna utilidad



económica. Según el diccionario de la Real Academia Española, "incólume" significa "*Sano, sin lesión ni menoscabo*". Así, para que el uso y goce de un predio en Parques Naturales estuviese incólume, se requeriría que en él se pudiera desarrollar cualquier tipo de utilización (agrícola, pecuario, urbanístico, etc.) y aprovechamiento económico, lo cual no ocurre. En el presente caso, por el contrario, el titular del bien, sólo podría desarrollar actividades investigativas, educativas y recreativas, lo cual – contrario a lo que dice la Corte- no justifican la presencia de un interés privado en la propiedad, pues no son actividades propias del campesino que suele estar ubicado en este tipo de predios, sino del Estado o de organizaciones sin ánimo de lucro como las universidades (a quienes no se puede vender).

**d)**. Finalmente, cuando la Corte afirma que la limitación del atributo de disposición es constitucional porque la ley señala la prohibición de vender cierto tipo de cosas, está sustentando la constitucionalidad en normas legales, lo cual es desacertado (salvo el caso de la ley orgánica para expedición de leyes). Adicionalmente, los ejemplo expuestos por la Corte no se refieren a la enajenación de derechos de propiedad, sino de otro tipo de derechos (medianamente relacionados con la propiedad).



Veamos algunos casos.

- La prohibición de ceder el *derecho a pedir alimentos*. Sobre este no existe derecho de propiedad. El derecho de alimentos es un derecho autónomo, como el derecho a la dignidad o a la libertad, los cuales tampoco se pueden vender, por que sobre ellos no se puede hablar de propiedad. El derecho a alimentos propende por los derechos especiales de los niños y por otros derechos de su titular como la vivienda digna, el mínimo vital, la dignidad, la educación, el vestido, la salud, etc. Sobre el valor que se pueda recibir para satisfacer el derecho de alimentos, sí recae propiedad, pero éste sí se puede ceder, pues es precisamente la forma de adquirir el goce de esos otros derechos antes mencionados (con la cuota correspondiente pagas el arriendo, el alimento, las medicinas o los libros).
- En la limitación de venta de *derechos herenciales* de persona no fallecida, tampoco estamos hablando de propiedad en estricto sentido. Aquel hace parte del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. El patrimonio de quien se espera suceder, no puede ser enajenado sino por él (sólo a éste corresponde la propiedad), pues el derecho de propiedad del heredero sólo nace cuando aquel muere.



- En cuanto a los derechos de *uso y habitación*, ahí tampoco hay derecho de propiedad (no se integra dominio ni posesión). Se trata de un derecho personalísimo para la satisfacción de ciertas necesidades del usuario o del habitador (y de su familia).
- En el derecho que nace del pacto de retroventa, lo que se aprecia es una cláusula contractual (que es ley para las partes), según la cual, uno de los atributos (el de disposición) no se cede plenamente, pues queda limitado a las condiciones pactadas, luego no hay verdadera tradición de la propiedad.
- En relación con las cosas embargadas, es una medida adoptada por decreto judicial para afianzar la prenda general de los acreedores, como medio para lograr el cumplimiento del fin del Estado consistente en alcanzar la convivencia pacífica. Esta precisamente cesa cuando el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

De conformidad con lo expuesto, en el presente caso se ha vulnerado el núcleo esencial de cada uno de los atributos que conforman el módulo privado de la propiedad (uso, goce y disposición), de manera que de ésta no queda nada.



### 3.3.2.3 Zonas de protección de fuentes hídricas

Ahora veamos el tema de las zonas de protección de fuentes hídricas, esto es: los cuerpos de agua, las rondas hidráulicas y las zonas de manejo y preservación ambiental.

Similar circunstancia se presenta respecto de las rondas hidráulicas y las zonas de manejo y preservación ambiental, según podemos ver en el POT de Bogotá<sup>49</sup>. En la primera sólo se permite el uso "*forestal protector y obras de manejo hidráulico y sanitario*" y respecto de la segunda, los únicos usos permitidos son la "*arborización urbana, protección de avifauna, ciclorutas, alamedas y recreación pasiva*".

Como se enunció inicialmente, los tres son espacio público: los cuerpos de agua y las rondas hidráulicas son propiedad pública en la categoría de bienes de uso público; en tanto que las zonas de manejo y preservación ambiental pueden ser propiedad pública o privada, con afectación urbanística a espacio público.

Tratándose de propiedad pública que se encuentre claramente definida, no habría discusión alguna en el contexto de esta tesis, pues la investigación se refiere a las implicaciones sobre la propiedad privada.

---

<sup>49</sup> Bogotá, D.C. Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá compilado en el Decreto Distrital 190 de 2004, artículo 103.



No obstante, sobre los cuerpos de agua y las rondas hidráulicas, en algunos casos los particulares pueden alegar derechos adquiridos, lo cual podría constituir a tales espacios como propiedad privada. En el evento de que tal circunstancia se presentara, a mi juicio, esa propiedad privada mantendría la afectación urbanística a espacio público, de manera que su tratamiento sería similar al de las zonas de manejo y preservación ambiental.

Ahora, en relación con estas últimas devienen las mismas consecuencias que el tema ya analizado de los cerros orientales. Aquí, los únicos usos permitidos suelen ser la recreación pasiva o activa o usos institucionales, de manera que el propietario pierde toda posibilidad de ejercer los atributos de uso y goce del bien y el derecho queda convertido en nuda propiedad.

#### **3.3.2.4 Antejardines**

Finalmente veamos el tema de los antejardines como zonas de los bienes privados que pasan a hacer parte del espacio público de la ciudad.

Para hablar de un ejemplo más, en la zona de un bien privado denominada antejardín, el ejercicio del derecho de propiedad, o



bien no permite, o no integra, la posibilidad de ser construida ni destinada al comercio, estacionamientos ni similares.

Recordemos que estos espacios no pueden ser edificados, deben estar arborizados y sus usos estarán limitados, quedando prohibida su destinación a actividades como el comercio o estacionamientos.

No obstante este caso es diferente a los anteriores, por cuanto el antejardín aún cuando tiene restringida su utilización, constituye sólo uno de los elementos arquitectónicos del inmueble. De manera que, de una parte el resto del inmueble puede ser completamente aprovechado y, en todo caso, el antejardín puede ser encerrado y utilizado como zona privada de recreación, contribuye como elemento paisajístico del inmueble y hace parte de su entrada peatonal y vehicular.

Así, con la afectación urbanística a espacio público que recae sobre los antejardines, la propiedad desarrolla el contenido de función social, sin que se afecte el núcleo esencial de ninguno de sus atributos.

### **3.3.3 Las cesiones urbanísticas.**

Las normas de ordenamiento urbanístico otorgan a los municipios la competencia de incluir en el componente urbano



del POT la obligación de cesión de parte de los terrenos objeto de actuación urbanística. Con el sólo otorgamiento de la licencia para el desarrollo de la actuación urbanística, los predios señalados en el proyecto y los planos correspondientes entrarán a ser parte de la dotación de espacio público de la ciudad<sup>50</sup>, los cuales se convierten en bienes de uso público como parques, zonas verdes, vías vehiculares y peatonales, dotación de los equipamientos comunitarios, etc.

La formalización de las cesiones para el espacio público de la ciudad se realiza con el solo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Así, el ejercicio del derecho de propiedad de un predio que se pretende desarrollar urbanísticamente, está condicionado o involucra, la cesión de su derecho de propiedad sobre parte del inmueble para la satisfacción de las necesidades de espacio público de la comunidad.

Es al propietario del predio a quien corresponde dotar los espacios urbanos de parques y zonas verdes, vías vehiculares y peatonales, equipamientos comunitarios, etc. Ello implica que

---

<sup>50</sup> Así lo contempla el POT de Bogotá, adicionalmente, esta tesis ha sido sostenida en varias decisiones por el Consejo de Estado, entre otras puede citarse la siguiente: Consejo de Estado – Sección Primera, sentencia del 18 de marzo de 2004, consejero ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, expediente 25000-23-24-000-2002-02570-01.



debe ceder su derecho de propiedad sobre parte del inmueble para la satisfacción de las necesidades de espacio público de la ciudad, de manera que el municipio ya no tendrá que realizar expropiaciones o adquisiciones para la construcción de una calle o un parque.

Como bien lo señaló la Corte Suprema de Justicia<sup>51</sup> con anterioridad a la actual Constitución Política, estas cesiones no constituyen actos netamente gratuitos, en razón a que el valor de la cesión se recupera en el proceso de urbanización, con los mayores precios que adquiere el suelo dotado de espacio público, servicios públicos y demás elementos necesarios para el uso urbano.

Digamos que un suelo sin desarrollar pueda costar a \$1000 el metro cuadrado, pues no se podría por ejemplo construir una vivienda, si no se han creado vías de acceso peatonal y vehicular para acceder a ella o, si no cuenta con los servicios públicos esenciales para garantizar la vida digna. En esa misma medida, luego del proceso urbanístico, el metro cuadrado podría llegar a costar a \$15000 o \$20000. Lo anterior genera un justo equilibrio en las cargas públicas, pues sería absurdo que la sociedad pagara con sus impuestos este tipo de costos para desarrollar el

---

<sup>51</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 9 de noviembre de 1989, magistrado ponente Jairo E. Duque Pérez, Expediente 1937.



suelo de un particular, cuando es su propietario quien se va a beneficiar del mayor valor que adquiere el predio.

De manera que las cesiones urbanísticas están muy lejos de constituir un acto gratuito, pues se trata simplemente de uno de los costos de inversión que comprenden el negocio de la finca raíz.

Lo expuesto en el caso señalado, muestra que las cesiones urbanísticas más que una expresión de la función social de la propiedad, constituyen un mecanismo necesario para la explotación económica de la propiedad.

#### **3.3.4 Las actuaciones urbanísticas prioritarias y las unidades de actuación urbanística.**

Los municipios pueden establecer, que determinado predio o grupo de predios, sean desarrollados o construidos prioritariamente. Así, en el término que establezca el POT o sus Planes de Ejecución, el propietario debe proceder a urbanizar o construir.

Adicionalmente como ya se ha dicho, las actuaciones urbanísticas comprenden la parcelación, urbanización y edificación de predios de conformidad con el componente urbano del POT. Ahora, el municipio puede disponer que cierta porción



del suelo, aún cuando pertenezca a diferentes propietarios, sea desarrollada conjuntamente a través de una unidad de actuación urbanística, para efectos de promover el uso racional del suelo, garantizar el cumplimiento de las normas urbanísticas y facilitar la cesión de los espacios para vías, y demás espacios públicos, así como la dotación (con cargo a sus propietarios) de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y equipamientos colectivos.

Un predio incluido en una unidad de actuación urbanística, la cual a la vez puede ser objeto de declaratoria de desarrollo prioritario, debe desarrollarse a través de un proceso de gestión conjunta o asociada con los propietarios (acuerdos de asociación, contratos de sociedad u otros que celebre la administración con los propietarios de las tierras, así como también mediante la compraventa y expropiación de los inmuebles requeridos), a través de los sistemas de reajuste de tierras, integración inmobiliaria o cooperación.

El reajuste de tierras o integración inmobiliaria (según se trate de urbanización en suelo de expansión o, renovación y redesarrollo en suelo urbano) implica el englobe de los predios para el proceso de ejecución de los objetivos de la unidad de actuación urbanística y su posterior subdivisión y reasignación de lotes (en correspondencia con el predio aportado), con su respectiva dotación de obras de infraestructura urbana básica



(vías, parques, redes de acueducto, energía eléctrica y teléfonos, etc.), de manera tal que se garantice una justa distribución de las cargas y los beneficios.

La ejecución de la unidad de actuación urbanística procede a través del sistema de cooperación entre partícipes, cuando no se requiera nueva configuración predial y las cargas y beneficios del desarrollo pueda repartirse equitativamente entre sus propietarios.

De conformidad con el concepto clásico de propiedad, un predio podía ser desarrollado o construido en el momento que dispusiera el titular del derecho, de la forma como quisiera hacerlo, e individualmente o con quien deseara asociarse (aquí el libre arbitrio era uno de los elementos característicos de la propiedad). Tal libertad no es aceptable por el nuevo ordenamiento jurídico en el ámbito del derecho urbanístico, donde los tradicionales lotes de engorde no pueden permanecer en el tiempo sin ser desarrollados o construidos.

Como puede observarse, las acciones urbanísticas descritas, rompen con la lógica tradicional de la propiedad, en tanto que no solo imponen el momento en que el predio debe someterse a actuación urbanística, sino que adicionalmente le señalan la forma específica como debe garantizarse e incluso le asignan los socios con los cuales debe proceder.



Se ha dicho que, para que un predio cumpla con la función social, es necesario que aporte a la sociedad algún tipo de beneficio propio de su naturaleza.

Ello no ocurre con los tradicionales lotes de engorde que se ubican en las zonas céntricas de las ciudades, sin prestar los servicios para los cuales están urbanísticamente destinados, ocasionan problemas a la ciudad, pues: habiendo suelo utilizable, al no estar disponible en el mercado se genera una aparente escases que dispara los precios del suelo y en consecuencia dificulta el acceso a la vivienda; empujan (innecesariamente) el crecimiento de la ciudad hacia las periferias lo cual demanda mayores costos en dotaciones de servicios, tiempos de movilidad, nivel de vida, etc.; dificultan la creación de vías para la intercomunicación de las áreas vecinas; etc.

Es así que la acción urbanística de la administración, puede fijar plazos máximos para que se garantice el cumplimiento de la función social, mediante el desarrollo o construcción de los predios.

Este tipo de acción, antes que afectar los atributos de usar, gozar o disponer del bien, asegura que éstos incorporen la función social dentro de su contenido.



De igual forma cuando se establece que varios predios, aún cuando pertenezcan a distintos propietarios, sean desarrollados conjuntamente, se facilita el crecimiento ordenado de la ciudad pues la planeación y desarrollo de grandes áreas de terreno permite su articulación con el contorno de ciudad y su dotación de espacio público estratégicamente ubicado. Por el contrario, el desarrollo de pequeñas áreas de terreno impide por ejemplo, una adecuada dotación de vías articuladas o parques apropiados para la demanda de la ciudad.

Así las unidades de actuación urbanística contribuyen a garantizar el adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, sin que ello afecte los atributos de la propiedad. Simplemente les imprime unas condiciones especiales respecto de los parámetros para el desarrollo del suelo y le asigna unos socios con los cuales debe actuar, garantizando el equilibrado reparto de las cargas y beneficios.

### **3.3.5 Enajenación, expropiación y afectaciones**

La enajenación forzosa, la enajenación voluntaria, la expropiación judicial y la expropiación administrativa, son instituciones jurídicas en poder de la administración, que obligan al particular a enajenar (con el respectivo pago o indemnización económica) la propiedad de un predio determinado.



El incumplimiento de desarrollo o construcción prioritaria por parte del propietario, conduce a la enajenación del predio a favor de particulares que estén interesados en la adquisición, a través del mecanismo de la enajenación forzosa. Esto sin perjuicio de que tales inmuebles puedan ser objeto de los procesos de expropiación administrativa.

De otra parte, por motivos de utilidad pública o interés social (y otros que determine la ley) el Estado podrá adquirir los inmuebles que requiera para desarrollar proyectos tales como: construcción de infraestructura social en los sectores de la salud, educación, recreación, centrales de abasto y seguridad ciudadana; desarrollo de proyectos de vivienda de interés social; reubicación de asentamientos humanos existentes en sectores de alto riesgo; renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos; producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios; infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo; ornato, turismo y deportes; funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades públicas; preservación del patrimonio cultural y natural; constitución de zonas de reserva para la expansión futura de las ciudades o para la protección del medio ambiente y los recursos hídricos; urbanización o construcción prioritaria; urbanización, redesarrollo y renovación urbana a través de la modalidad de unidades de actuación; etc.´



En los eventos antes señalados, la enajenación es a favor del Estado y puede realizarse a través de los mecanismos de enajenación voluntaria, expropiación judicial y expropiación administrativa.

A continuación se hará una breve referencia al procedimiento que caracteriza cada uno de estos mecanismos, de manera tal que puedan identificarse los elementos diferenciadores.

**La enajenación forzosa:** La decisión debe ser adoptada mediante resolución motivada, la cual, una vez en firme (procede recurso de reposición en vía gubernativa), se inscribirá en el folio de matrícula inmobiliaria de los predios, de manera tal que los inmuebles así afectados quedarán fuera del comercio a partir de la fecha de inscripción y mientras subsista, ninguna autoridad podrá otorgar licencias para actuaciones urbanísticas.

Dentro de los tres meses siguientes los predios deben ser vendidos en pública subasta a efectos de que el particular adquirente cumpla con la obligación de desarrollo o construcción prioritaria. El precio base de enajenación puede partir del 70% del avalúo comercial, en segunda subasta lo será el valor de avalúo catastral. De no ser posible la venta, el predio debe ser objeto de expropiación administrativa por el 70% del avalúo catastral.



**La enajenación voluntaria:** En el evento de requerirse la adquisición por motivos de utilidad pública, el primer paso que debe seguir la administración lo constituye el procedimiento de enajenación voluntaria.

El acto mediante el cual se dispone la enajenación voluntaria del predio no es objeto de recursos en vía gubernativa ni de acción contencioso administrativa y deberá comunicarse en los términos señalados en el Código Contencioso Administrativo (el acto y su comunicación constituye la oferta de compra). El acto debe ser inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del predio, de manera tal que los inmuebles así afectados quedarán fuera del comercio a partir de la fecha de inscripción y mientras subsista, ninguna autoridad podrá otorgar licencias para actuaciones urbanísticas.

El precio de adquisición debe ser igual al valor comercial y su forma de pago puede ser en dinero, en títulos valores, derechos de construcción y desarrollo, derechos de participación en el proyecto a desarrollar o permuta. Si hubiere acuerdo respecto del precio y de las demás condiciones de la oferta, se celebrará el contrato de promesa de compraventa o de compraventa, según el caso.



**La expropiación judicial:** En caso de que no se perfeccione la enajenación voluntaria, debe iniciarse el proceso de expropiación judicial, el cual tiene dos períodos, uno administrativo que concluye con la resolución que ordena la expropiación y otro judicial que culmina con la sentencia que decreta la expropiación, determina el monto de la indemnización y la entrega de ésta y del bien correspondiente.

En vía administrativa la decisión se adoptará mediante resolución que debe ser notificada como lo dispone el Código Contencioso Administrativo, siendo procedente únicamente el recurso de reposición en vía gubernativa y las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en la jurisdicción contencioso administrativa.

La demanda de expropiación judicial debe ser presentada ante el juez civil competente dentro de los dos meses siguientes a la firmeza del acto administrativo que la ordena. El juez ordenará que se efectúe la inscripción correspondiente en el folio de matrícula inmobiliaria.

**La expropiación administrativa:** Ésta será procedente: si a juicio de la administración existen especiales condiciones de urgencia, cuando se presente el incumplimiento de la función social de la propiedad por parte del adquirente en pública



subasta o, cuando no sea posible la enajenación forzosa en pública subasta.

La decisión de expropiación administrativa se adoptará mediante acto administrativo que será inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Este mismo acto constituirá la oferta de compra tendiente a obtener un acuerdo de enajenación voluntaria. El acto debe ser notificado como lo dispone el Código Contencioso Administrativo, siendo procedente únicamente el recurso de reposición en vía gubernativa, y la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho en lo contencioso.

El precio de adquisición debe ser igual al valor comercial<sup>52</sup> (salvo cuando no sea posible la enajenación forzosa en pública subasta de predios que incumplieron la obligación de desarrollo o construcción prioritaria, donde el precio corresponde al 70% del avalúo catastral) y su forma de pago puede ser en dinero efectivo, títulos valores, derechos de construcción y desarrollo, participación en el proyecto o permuta. El propietario podrá

---

<sup>52</sup> Al respecto puede verse Corte Constitucional, sentencia C-476 del 13 de junio de 2007, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis. En esta sentencia la Corte se pronunció sobre la demanda presentada en contra del artículo 67 de la Ley 388 de 1997, acusado de inconstitucional bajo el argumento de que para la expropiación administrativa se sólo contempla el pago del precio comercial, desconociendo la indemnización integral que debe comprender el daño emergente y lucro cesante, los cuales sí son contemplados para la expropiación judicial. Al resolver el asunto la Corte señaló que para la fijación del precio se deben ponderar en el caso concreto los intereses de la comunidad y del particular, para lo cual puede tomar en cuenta todos los elementos de la afectación de los derechos del particular que deban ser objeto de indemnización.



solicitar al Tribunal Administrativo, la verificación del cumplimiento de la obligación de pago mediante proceso abreviado especial.

Como se ha señalado, la propiedad puede verse avocada a su disposición a través de figuras como la enajenación forzosa, la enajenación voluntaria, la expropiación judicial y la expropiación administrativa: instituciones que se aplican según las circunstancias y motivos del caso y que, mientras se surte el procedimiento, pueden sacar a los predios del comercio e impiden el otorgamiento de licencias para el desarrollo de actuaciones urbanísticas.

A través de estas figuras, las acciones urbanísticas que orienten la organización de la ciudad, ponen fin a la facultad del propietario de disponer libremente del dominio y del ejercicio de facultades de desarrollar o construir.

La enajenación forzosa que busca la venta del bien en pública subasta, constituye la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de desarrollo prioritario, previamente impuestas al propietario del predio. La enajenación voluntaria y la expropiación judicial responden a la necesidad del Estado de adquirir predios por motivos de interés público o utilidad social. La expropiación administrativa puede responder a cualquiera de las dos situaciones.



Por supuesto cada una de estas figuras integra el pago del bien, cuyo precio depende de distintas circunstancias.

La enajenación forzosa busca la venta a particulares a través de pública subasta, que en el primer intento parte del 70% del avalúo comercial, en un segundo intento el precio arranca con el avalúo catastral y de no ser posible, procede la expropiación administrativa por el 70% del avalúo catastral.

La enajenación voluntaria, procede por el valor comercial y se aplica siempre que haya acuerdo entre la administración y el propietario. Si no existe acuerdo la administración debe proceder a la expropiación judicial, donde la sentencia del juez determinará el monto de la indemnización.

En los casos de procedencia de la expropiación administrativa el precio corresponde al valor comercial, salvo los casos de falla de la enajenación forzosa o incumplimiento de las obligaciones del adquirente en pública subasta, como ya se indicó.

Nótese que el derecho urbanístico viene a determinar hasta cuando la propiedad de un predio puede permanecer en cabeza de un particular. Las acciones urbanísticas que orienten la organización de la ciudad (de conformidad con los parámetros señalados por el legislador), pueden poner fin a la facultad del



propietario de disponer libremente del dominio (o del ejercicio de facultades de desarrollar o construir).

No obstante, si bien la propiedad desaparece del dominio del titular, él recibe un precio a cambio, lo cual compensa la pérdida de manera que aún cuando hay una vulneración del derecho, no existe daño o perjuicio.

Ahora, el precio pagado es el comercial, salvo el caso del incumplimiento de la función social que se da al no realizar el desarrollo prioritario. No obstante, en este caso, debe tenerse en cuenta que en los términos antes señalados, el Estado no estaría obligado a garantizar la propiedad de un inmueble que no cumple con la función social.

### **3.3.6 Las afectaciones para obras públicas o protección ambiental.**

De otra parte resulta importante señalar que la administración, para efectos de desarrollar proyectos de obras públicas (o protección ambiental), puede imponer afectaciones a los predios con el objeto de limitar o impedir la obtención de licencias para actuaciones urbanísticas (no limita la facultad de enajenación). Éstas deberán notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, so pena de inexistencia y, para obras públicas tendrán una duración



de tres años renovables hasta un máximo de seis (respecto de vías públicas, las afectaciones podrán tener una duración máxima de nueve años). Para protección ambiental, la norma no indica la duración.

Esta circunstancia puede presentarse cuando se planea la futura adquisición de predios para construcción de obras públicas o proyectos de protección ambiental, con el objeto de evitar la construcción de infraestructuras que encarezcan los precios de adquisición de predios, para lo cual se evita el otorgamiento de licencias para el desarrollo de actuaciones urbanísticas, sin restringir la libertad de enajenación. En el evento de que el proyecto no se adelante en el término fijado o sus prórrogas, la afectación desaparece.

Este tipo de acciones puede generar una restricción en las facultades de uso y goce del inmueble, que podrían conllevar a una lesión de esos atributos.

Dependiendo de la clase de suelo (rural o urbano), es probable que éste pueda ser usado y usufructuado sin necesidad de realizar actuaciones urbanísticas, como también es posible que al momento de la afectación ya cuente con infraestructura que le permita su uso y goce de conformidad con las normas urbanísticas.



No obstante, también es posible que la medida impida el uso y goce del suelo, lo cual generaría un daño al derecho. En todo caso, a pesar de que se incurriría en un desequilibrio en la distribución de las cargas y los beneficios de la acción urbanística, en este evento no se afecta el núcleo esencial de los atributos de la propiedad en razón a que: se trata de medidas temporales y; la misma ley prevé que la entidad debe celebrar un contrato con el propietario afectado en el cual se pacta el valor y la forma de pago de la compensación debida al mismo por los perjuicios sufridos durante el tiempo de la afectación, según la estimación que realice el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi".

### **3.3.7 Bienes de interés cultural.**

Con el objeto de brindar protección a los inmuebles que integran valores de autenticidad, originalidad, arquitectónicos o históricos, que constituyen un testimonio vivo de su historia y de su cultura para la Nación o entes territoriales, el ordenamiento jurídico ha creado el instrumento de declaración de bienes de interés cultural.

Respecto de los bienes que son catalogados como de interés cultural, el propietario está obligado a la conservación de sus elementos arquitectónicos, de manera que las actuaciones



urbanísticas en ellos son sumamente restringidas y reglamentadas.

Ahora, la conservación y restauración de este tipo de bienes, resulta sumamente costoso, en razón a los niveles de especialidad que requiere su tratamiento y la gran cantidad de trámites que implica la obtención de permisos o licencias. Adicionalmente, los usos asignados suelen ser muy restringidos y su adecuación para los mismos implica también altos costos.

A lo anterior se suma el hecho de que el incumplimiento en el deber de conservación genera sanciones urbanísticas fuertes.

La protección de un inmueble bajo la categoría de bien de interés cultural, conlleva para el propietario una mayor carga en términos de los costos de conservación o restauración. En tanto que la viabilidad de desarrollar usos rentables se ve restringida, situación que también ocurre respecto de los índices de aprovechamiento.

No obstante lo anterior, es claro que la protección de este tipo de bienes es de fundamental importancia para la sociedad local, nacional e incluso, en algunos casos, mundial.

Ahora, las normas que protegen este tipo de bienes han creado algunos incentivos entre los que se destacan la asignación de



estrato uno para el pago de servicios públicos y la exoneración de impuestos.

De manera que aquí el grado de función social que desarrolla la propiedad es alto e indiscutible, por cuanto se contribuye con la sociedad en el cuidado y preservación de una riqueza cultural de interés para todos y; no existe elemento alguno que afecte los atributos de la propiedad, en razón a que el predio puede ser explotado de acuerdo con las normas de uso asignadas y puede enajenarse libremente.

Sin embargo, puede ocurrir que una vez impuesta la categoría de protección, el propietario puede solicitar los incentivos, previa comprobación de que el inmueble se encuentra en un adecuado estado de conservación. Así, en el evento de no estarlo, los costos de restauración podrían ser superiores a los incentivos prometidos e incluso, podría ocasionar la imposición de sanciones urbanísticas.

Las circunstancias especiales antes planteadas, generarían desequilibrio en el reparto de cargas y beneficios.

### **3.3.8           Infracciones urbanísticas.**

Toda actuación urbanística que se quiera adelantar en el municipio, tales como urbanización, parcelación, loteo o



subdivisión de predios, construcción, ampliación, adecuación, reforzamiento estructural, modificación, demolición de edificaciones, e intervención u ocupación del espacio público, debe realizarse de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial, Planes Parciales y demás instrumentos urbanísticos municipales y, por supuesto, previa obtención de licencia<sup>53</sup>.

Ahora, como se ha dicho, para la protección de los derechos colectivos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía, el constituyente creó la acción popular. También el derecho penal<sup>54</sup> se ha ocupado de los comportamientos que afectan el adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad.

Adicionalmente, la Constitución asigna a los municipios la competencia de vigilar y controlar las actividades relacionadas

---

<sup>53</sup> Congreso de la República, Ley 388 de 1997, artículos 99 y ss. Adicionalmente, sobre el tipo de licencias que pueden ser expedidas puede verse el Decreto 564 de 2006

<sup>54</sup> El artículo 318 del Código Penal dispone “*El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la **división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción**, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses y multa de hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Cuando se trate de personas jurídicas incurrirán en las sanciones previstas en los incisos anteriores sus representantes legales y los miembros de la junta directiva cuando hayan participado en la decisión que traiga como consecuencia la conducta infractora descrita.*

*La pena privativa de la libertad señalada anteriormente se aumentará hasta en la mitad cuando la **parcelación, urbanización o construcción de viviendas se efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental y ecológica, de reserva para la construcción de obras públicas, en zonas de contaminación ambiental, de alto riesgo o en zonas rurales**”. (negrilla no original)*



con la construcción, de conformidad con lo que al respecto señale la ley.

Así, en el evento en que el particular realice una actuación urbanística con desconocimiento del presupuesto planteado, incurre en infracción urbanística, frente a lo cual, el municipio, a través de una actuación administrativa puede adoptar decisiones como la imposición de multas, la suspensión de la ejecución de las obras, la suspensión de los servicios públicos e incluso, la orden de demolición.

De conformidad con la ley, las siguientes conductas constituyen infracción urbanística:

1. Parcelar, urbanizar o construir en terrenos no urbanizables o no parcelables o en terrenos de protección ambiental, o localizados en zonas calificadas como de riesgo, tales como humedales, rondas de cuerpos de agua o de riesgo geológico.
2. Intervenir u ocupar con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o construcciones, los parques públicos, zonas verdes y demás bienes de uso público o encerrarlos sin la debida autorización de las autoridades encargadas del control del espacio público e, intervenir las áreas que formen parte del espacio público que no tengan el carácter de bienes de uso público.



3. Parcelar, urbanizar o construir en terrenos aptos para estas actuaciones, sin licencia.

4. Parcelar, urbanizar o construir en terrenos aptos para estas actuaciones en contravención a lo preceptuado en la licencia, o cuando esta haya caducado.

Quien incurra en cualquiera de estos cuatro tipos de conductas se constituye en infractor de las normas urbanísticas y en consecuencia, se hace acreedor a la imposición de multas. Si se trata de alguna de las dos primeras conductas, adicional y simultáneamente a la imposición de la multa, procede la orden de demolición.

Si se trata de la tercera o cuarta conducta, luego de la imposición de la multa, para que el infractor se adecue a las normas urbanísticas (obteniendo la licencia, adecuando las obras a la licencia correspondiente, tramitando su renovación o demoliendo) se otorgará un plazo de 60 días al cabo del cual, de no demostrarse tal adecuación, se ordenará la demolición de las obras ejecutadas y la imposición sucesiva de nuevas multas. En estos dos últimos eventos, cuando sea evidente que el infractor no se puede adecuar a la norma, sin la previa imposición de multa, procede directamente la orden de demolición de las obras



desarrolladas sin licencia, o de la parte de las mismas no autorizada o ejecutada en contravención a aquella.

El procedimiento antes señalado muestra, dentro de la naturaleza de la función de policía, una clara finalidad de la norma en el sentido de buscar la restitución del derecho vulnerado a su estado original, mediante la adecuación de la actuación urbanística. Así, cualquiera que sea la infracción, el procedimiento sólo finaliza cuando se ha demolido restableciéndose el orden alterado o, cuando con la obtención de licencia se ha demostrado la legalización de las actuaciones urbanísticas irregulares.

Adicionalmente, resulta pertinente resaltar que existen otras conductas que por afectar los Planes de Ordenamiento Territorial pueden ser consideradas infracción urbanística. Estas son: la localización de establecimientos comerciales, industriales, institucionales y de servicios en contravención a las normas de usos del suelo; la destinación a un uso diferente al señalado en la licencia, o contraviniendo las normas urbanísticas sobre usos específicos del suelo; la parcelación, urbanización o construcción en terrenos afectados por el plan vial, de infraestructura de servicios públicos domiciliarios, destinado a equipamientos públicos, de protección ambiental, localizados en zonas calificadas como de riesgo, humedales, rondas de cuerpos de agua, de riesgo geológico, etc.; la demolición de inmuebles



declarados de conservación arquitectónica, su intervención sin la licencia respectiva, o el incumplimiento obligaciones de adecuada conservación, etc.

Lo anterior permite observar, que el propietario no sólo está obligado a cumplir las normas de ordenamiento urbano, sino que en el evento de no hacerlo, procede la imposición de sanciones urbanísticas que tienden siempre a la restitución del derecho afectado.

En los capítulos anteriores vimos que al propietario se imponen unas obligaciones urbanísticas precisas como condicionamiento para el ejercicio de sus derechos respecto del desarrollo de su predio. Aquí, el derecho urbanístico señala unos correctivos claros frente al incumplimiento de las referidas obligaciones, de manera que su incumplimiento puede acarrear al propietario una serie de medidas denominadas sanciones urbanísticas.

Así, las llamadas sanciones urbanísticas, no serían sanciones en estricto sentido<sup>55</sup>, sino una medida correctiva tendiente al

---

<sup>55</sup> Al respecto resulta pertinente señalar que para el Consejo de Estado, las medidas adoptadas frente a las infracciones urbanísticas no constituyen verdaderas sanciones, sino que “*al exigir su observancia las autoridades de policía no imponen una sanción sino que llevan su deber de vigilar que se cumpla la normativa sobre usos del suelo*”. Consejo de Estado – Sección Primera, sentencia del 27 de junio de 2003, consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, expediente 7262.

En otra sentencia, señaló el Consejo de Estado que “*En tratándose, entonces, de unas acciones de tal estirpe, mal podría decirse que las decisiones adoptadas como resultado de su trámite puedan ser calificadas como sanciones... cuando su objeto, como ya quedó dicho, está dirigido a la cesación de la perturbación del espacio público y a que, como consecuencia de ello, las cosas regresen al estado*”



restablecimiento del orden urbanístico y a la garantía de los mencionados derechos colectivos.

Ahora, la ejecución de las decisiones adoptadas puede conducir a que el bien sea objeto de medidas como el secuestro y remate en proceso coactivo o, la demolición de las obras irregularmente ejecutadas.

Tales medidas hacen parte del poder y función de policía propios del Estado, como herramientas constitucionales para la conservación de la convivencia ciudadana.

Si bien las situaciones antes descritas pueden llegar a constituir una pérdida del derecho, no existe vulneración ilegítima del mismo, sino la asimilación de las consecuencias propias del incumplimiento de los contenidos de la función social de la propiedad.

---

*original en el cual los habitantes del territorio gocen de ese espacio, creado y concebido para su beneficio” (Consejo de Estado – Sección Primera, sentencia del 14 de junio de 2001, consejero ponente Manuel Santiago Urueta Ayola, expediente 6569).*

También es importante resaltar que la imposición de multas puede realizarse sucesivamente hasta tanto se garantice el restablecimiento del orden inicial, esto es, hasta que desaparezca la infracción, bien sea porque se obtuvo la legalización de la obra ejecutada mediante la obtención de licencia de construcción o, porque el inmueble se ha retornado a su estado original.



### **3.4 La clasificación del suelo y la asignación de usos y aprovechamiento, frente al derecho a la igualdad y la mediación de la participación en plusvalía**

Como se había enunciado, cuando a un predio se le asignan facultades de explotación superiores a las asignadas a otros predios de similares características, nos ubicamos frente a un problema de desigualdad no justificada.

Por ejemplo, a un predio se le asigna únicamente el uso residencial y la posibilidad de construir hasta 3 pisos, en tanto que al predio del frente se le autoriza comercio metropolitano y altura de 10 pisos. Este tipo de circunstancias podía ser común hace algunos años. Incluso hoy pueden encontrarse casos que responden a esa realidad.

Sin embargo, a partir de la adopción y desarrollo de la participación en plusvalía como derecho colectivo, no pueden presentarse ese tipo de circunstancias. Así, bajo el principio del equilibrio en el reparto de cargas y beneficios, a todos los predios debe asignárseles un tipo estándar y mínimo de norma para su aprovechamiento, de manera que todos los predios por regla general tengan asignado un mínimo de condiciones de edificabilidad y usos. Por ejemplo, para suelo urbano con uso residencial, 3 pisos, con antejardín de 2 metros e índice de ocupación de 0,7.



Si el propietario del predio desea obtener mayores niveles de aprovechamiento de su suelo (mayor altura por ejemplo), debe pagar al erario público el valor que corresponde a la plusvalía que genera una decisión administrativa de tal índole.

Así, los mayores derechos de edificabilidad o los cambios de uso que propendan por la mayor rentabilidad del suelo, no pueden asignarse gratuitamente, sino que quien quiere el mayor nivel de beneficio, debe pagar una mayor carga que equilibre la balanza.



#### 4. EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO

Del análisis presentado ciertamente se concluye que frente a los derechos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, al espacio público y a la participación en plusvalía, el derecho de propiedad se ve claramente reconceptualizado.

Como se ha visto, no todas las situaciones que presenta el derecho urbanístico se enmarcan dentro del contenido de la función social que integra la propiedad. Dependiendo de la acción urbanística de que se trate, varía el nivel de afectación que sufre la propiedad.

Retomando lo expuesto en el capítulo anterior, se puede concluir lo siguiente:

Si la acción urbanística se enmarca dentro de los alcances propios de la función social, simplemente se estaría determinando el contenido de la propiedad.

Si genera situaciones en las cuales se afecte el núcleo esencial de alguno de los atributos del módulo privado de la propiedad, vulnera la propiedad misma. Ahora, el beneficio social de la acción urbanística, puede ser legítimo, pero al vulnerar el derecho de propiedad (trasgrediendo el núcleo esencial de



alguno de sus atributos del módulo privado), el propietario no estaría constitucionalmente obligado a soportar sólo la carga de las acciones urbanísticas que se crean para el beneficio común, de manera que sería procedente la indemnización para el restablecimiento del equilibrio en el reparto de cargas y beneficios.

También en el evento de que la acción urbanística afecte el principio de distribución equitativa de las cargas y los beneficios pero respetando el núcleo esencial de los atributos de la propiedad, el afectado tendría derecho a una justa compensación por la mayor carga impuesta, de manera que se garantice el restablecimiento del equilibrio señalado.

Estudiadas las acciones urbanísticas propuestas, se encuentran tres grupos de situaciones, como se verá a continuación.

#### **4.1 Eventos en los que las acciones urbanísticas son un desarrollo de la función social.**

El ejercicio de la acción urbanística en varias de las situaciones estudiadas, comprende entonces la materialización o desarrollo de la función social de la propiedad, como se sintetiza a continuación.



Ciertamente para un propietario el estado ideal del ejercicio de su derecho sería aquel en el cual no estuviera sujeto a la planeación urbanística, sino que pudiera desarrollar y construir libremente su predio, en el momento y la forma deseada.

Sin embargo, en atención a la función social de la propiedad que integra las acciones urbanísticas de clasificación del suelo: los niveles de rentabilidad en la explotación económica y el valor mismo del suelo, dependerán de si éste se clasifica como urbano, de expansión o rural. Si el suelo se clasifica como urbano las expectativas pueden ser magníficas y, si se clasifica como rural, si bien la rentabilidad económica no sería tan alta, lo cierto es que puede ser explotado económicamente a través de actividades agrícolas, ganaderas o similares.

De conformidad con lo expuesto, si al suelo se ha asignado una clasificación y usos que le permitan al titular del derecho usar y gozar de su predio, la propiedad se hallará plenamente garantizada. Adicionalmente con el desarrollo de los usos tendrá la posibilidad de cumplir con la función social.

De otra parte, en el evento en que el suelo sea clasificado como urbano, su construcción exige que previamente sea sometido a un proceso de urbanización enfocado a la creación de espacio público como vías vehiculares y peatonales, parques y zonas verdes y; a la construcción de las obras de infraestructura de



servicios públicos y dotacionales, que permitan la utilización del predio para la futura construcción de edificaciones con destino a usos urbanos. Sin embargo, tal provisión de espacios públicos no es realizada por el Estado, sino que el ejercicio del derecho de propiedad de un predio que se pretende desarrollar urbanísticamente, está condicionado a la cesión de su derecho de propiedad sobre parte del inmueble para la satisfacción tales necesidades colectivas.

Así, las cesiones urbanísticas antes que constituir un acto gratuito o una expresión de la función social de la propiedad, comprende uno de los costos de inversión propios del negocio de la finca raíz, constituyendo un mecanismo necesario para la explotación económica de la propiedad.

Una vez se ha cumplido con la obligación antes descrita, la construcción del predio tampoco puede hacerse con las condiciones que a su libre arbitrio disponga el propietario. El predio sólo puede ser construido bajo las reglas que haya señalado el municipio a través de las normas urbanísticas generales, en relación con la altura, el número de pisos, el índice de ocupación, el índice de construcción, los aislamientos, los antejardines, etc. Incluso, cumplidas todas las obligaciones, el aprovechamiento del suelo en términos del uso al cual se puede destinar y el correspondiente nivel de intensidad, sigue



dependiendo de la acción urbanística, la cual le señala si puede destinarse a vivienda, comercio, industria, etc.

De conformidad con lo expuesto, si al suelo se ha asignado una clasificación y usos que le permitan al titular del derecho usar y gozar de su predio, la propiedad se hallará plenamente garantizada, pues con el desarrollo de los usos tendrá la posibilidad de cumplir con la función social. Cosa distinta que pueda presentarse cierto nivel de desigualdad, en tanto que a unos predios podría asignárseles altos índices de aprovechamiento del suelo, en tanto que a otros podría corresponder índices bajos.

Esto corrobora que el alcance o contenido del derecho de propiedad se encuentra supeditado al resultado de las acciones urbanísticas del municipio. Situación que se torna más complejo en los eventos en que predio es sometido a participar de unidades de actuación urbanística calificadas de prioritarias, en las cuales no solo se impone el momento en que el predio debe someterse a actuación urbanística, sino que adicionalmente se señala la forma específica como debe realizarse e incluso, se asignan los socios con los cuales debe proceder.

Sin embargo, las unidades de actuación urbanística contribuyen a garantizar el adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, sin que ello afecte los atributos de la propiedad, pues



simplemente imprimen unas condiciones especiales respecto de los parámetros para el desarrollo del suelo, garantizando el equilibrado reparto de las cargas y beneficios. Así, la determinación de desarrollo o construcción prioritaria de los predios, antes que afectar los atributos de usar, gozar o disponer del bien, asegura que éstos incorporen la función social dentro de su contenido.

En la afectación urbanística a espacio público que recae sobre los antejardines, la propiedad desarrolla el contenido de función social, sin que se afecte el núcleo esencial de ninguno de sus atributos, pues al mismo tiempo que aporta a la estética y paisajismo de la ciudad, sirviendo además de contención entre la ciudad construida y las vías públicas, su propietario conserva la facultad exclusiva de uso, goce y disposición.

Finalmente, el incumplimiento de las obligaciones señaladas, o su cumplimiento de forma inadecuada, puede acarrear al propietario sanciones urbanísticas (administrativas), situaciones en las cuales no existe vulneración ilegítima del derecho, sino la asimilación de las consecuencias propias del incumplimiento de los contenidos de la función social de la propiedad.

Como se ha indicado, las situaciones presentadas en las acciones urbanísticas antes descritas, hacen parte integral del nuevo derecho de propiedad, pues constituyen la materialización



de la función social, que como elemento estructural de la propiedad, resulta indispensable para que el derecho sea constitucionalmente garantizado y protegido.

#### **4.2 Eventos en los que se garantiza el derecho de propiedad, pero puede haber desequilibrio en el justo reparto de las cargas y los beneficios.**

A continuación se revisarán los casos estudiados, en los que se ha concluido que la acción urbanística, a pesar de garantizar el núcleo esencial del módulo privado de los atributos de la propiedad, constituye vulneración del equilibrio en las cargas y los beneficios.

En materia de afectación de los predios para reservarlos con el objeto de desarrollar obras públicas o protección ambiental, se presentan distintas situaciones.

En las afectaciones a los predios, se impide el otorgamiento de licencias para el desarrollo de actuaciones urbanísticas, mediante medidas temporales (de 3 a 9 años para obras públicas). La ley prevé que la compensación por los perjuicios ocasionados debe pagarse de conformidad con lo estimado por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi".



No obstante, a mi juicio, la compensación sólo sería procedente en el evento en que se acredite que hubo perjuicios, lo cual implicaría un desequilibrio en la distribución de las cargas y los beneficios: situación que no siempre ocurriría.

Se ha señalado que la propiedad está integrada por cuatro elementos estructurales: uso, goce, disposición y función social, de manera que si durante el periodo correspondiente no se puedan ejercer los atributos de uso y goce (el atributo de disposición no se afecta), se incurre en un desequilibrio en el reparto de las cargas y los beneficios.

Sin embargo, la afectación sólo impide la obtención de licencias para desarrollar actuaciones urbanísticas, de manera que es probable que el bien pueda ser usado y usufructuado sin necesidad de realizar actuaciones urbanísticas (predios rurales en los que se mantiene el desarrollo de las actividades agropecuarias correspondientes), como también es posible que al momento de la afectación ya cuente con infraestructura que le permita su uso y goce de conformidad con las normas urbanísticas.

En los eventos antes descritos, el propietario continúa ejerciendo sus derechos, sin asumir mayores cargas, de manera que no habría desequilibrio en el reparto de las cargas y beneficios.



Nótese que la ley no indica cuál es el término de la afectación para protección ambiental, sin embargo, a mi juicio esta medida también debe ser temporal y aplicada sólo en los eventos en que el Estado prevé su adquisición. No obstante, la compensación de los perjuicios causados durante el término de duración de la medida, sólo serían viables en el evento en que previamente no existiera la clasificación del suelo como de protección ambiental o que, existiendo tal protección, dentro de sus usos estuviese permitido el desarrollo de actuaciones urbanísticas. De no ser así, la prohibición de obtener licencia para actuaciones urbanísticas, sería innecesaria, pero de aplicarse no generaría ningún desequilibrio en la distribución de las cargas y beneficios.

Ahora, tratándose de protección de bienes de interés cultural, se contribuye con la sociedad en el cuidado y preservación de una riqueza cultural de interés para todos, lo cual comprende el desarrollo de la función social, sin afectar los atributos de la propiedad.

Si bien no se afecta el derecho de propiedad (se respeta el núcleo esencial de sus atributos), si los costos de restauración o conservación del bien llegan a ser superiores a los incentivos, podría vulnerarse el principio del equilibrio en la distribución de las cargas y los beneficios, de manera que, el afectado tendría derecho a una justa compensación por la mayor carga impuesta.



Ahora, el mecanismo que se utilice para obtener el restablecimiento del equilibrio en la distribución de las cargas y los beneficios, debe partir de una finalidad muy clara que se refiere a la garantía de la restauración y conservación del bien de interés cultural.

De manera que si el bien no ha sido restaurado, no puede haber lugar a la compensación, salvo que ésta se dirija directamente a la restauración del inmueble correspondiente.

Ahora, también debe tenerse en cuenta que si la restauración del bien conduce al aumento en su valorización, sólo habría desequilibrio en la medida en que el propietario deba invertir recursos superiores al mayor valor que adquiriera el predio a partir de su restauración.

Para garantizar el equilibrio de las cargas y la adecuada conservación del bien de interés cultural, además de los ya existentes, pueden desarrollarse múltiples mecanismos, de los cuales quiero señalar dos.

Un primer mecanismo podría ser la asignación de usos del suelo que permitan la explotación comercial del predio, con posterioridad a su restauración o acreditación de adecuada conservación (recuérdese que se ha partido del presupuesto de que el desequilibrio sólo se presenta en la medida en que estas



acciones sean más onerosas que las compensaciones ya existentes).

Un segundo mecanismo sería la enajenación forzosa en pública subasta, en los mismos términos establecidos para el incumplimiento del deber de desarrollo o construcción prioritarios. De manera que se garantice que el adquirente cumpla con el deber de adecuada conservación de los inmuebles de interés cultural.

Las situaciones estudiadas, sin vulnerar el derecho de propiedad, pueden generar un desequilibrio en la distribución de las cargas y beneficios, de manera que requieren el restablecimiento del señalado equilibrio, en la proporción justa del perjuicio ocasionado. Lo anterior requiere el desarrollo de instrumentos idóneos para garantizar el adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad y el espacio público, sin menoscabar los derechos ni generar desequilibrios en la asignación de mayores cargas a algunos ciudadanos.

#### **4.3 Eventos en los que existe vulneración al derecho de propiedad.**

Las situaciones antes señaladas, si bien integran elementos que afectan el derecho de propiedad, en ellas, el derecho aún cuando menguado, continúa estando en cabeza del particular. No



obstante, existen situaciones en las que las acciones urbanísticas vienen a determinar hasta cuándo la propiedad de un predio puede permanecer en cabeza de un particular. Las acciones urbanísticas que orienten la organización de la ciudad (de conformidad con los parámetros señalados por el legislador), pueden poner fin a la facultad del propietario de disponer libremente del dominio (o del ejercicio de facultades de desarrollar o construir), a través de la enajenación o expropiación.

Aquí la propiedad desaparece del dominio del titular, quien a cambio recibe un justo precio que compensa la pérdida. Si bien se presenta una vulneración del derecho, no existe daño o perjuicio.

Finalmente, tratándose de afectaciones urbanísticas a espacio público para protección de suelo (aquí se han presentado los ejemplos de reservas forestales y rondas de protección de cuerpos de agua), se ha visto que se deja al propietario sin la posibilidad de desarrollar actividades lucrativas o que generen algún tipo de beneficio personal. Si bien en estos eventos el propietario de un predio ubicado en una zona de manejo y preservación ambiental de un cuerpo de agua, puede visitarlo con el fin de disfrutar de un día de recreación pasiva, tal facultad es la misma a la que puede acceder cualquier otro ciudadano.



Toda vez que estamos hablando de propiedad privada sobre bienes inmuebles, lo natural es que el propietario pueda realizar algún tipo de aprovechamiento del suelo, sea o no con expectativas de lucro económico. Dentro de los aprovechamientos más frecuentes está su construcción para uso residencial, comercial, industrial, etc. o, su destinación para usos agrícolas o ganaderos.

Si el bien inmueble es propiedad pública, el Estado puede destinarlo para la construcción de infraestructura dotacional, vías públicas, parques, zonas verdes, o para fines medioambientales, etc.

Sin embargo, la arborización urbana, la protección de avifauna o la construcción de ciclo rutas y alamedas, no hacen parte de los usos que pueda dársele a la propiedad privada, sino que más bien es connatural a la propiedad pública.

Cuando se asignan este tipo de usos a la propiedad privada no estamos frente a la disminución de las expectativas de lucro o aprovechamiento, estamos frente a su eliminación absoluta.

El propietario tiene derecho a usar, gozar y disponer de su predio, y esas facultades deben conducir a la materialización de la función social. De manera que, si bien el propietario no tiene derecho a determinar la clasificación o uso del suelo, sí lo tiene a



que su suelo esté clasificado y se le asignen unos usos que verdaderamente justifiquen la presencia de un interés privado.

En este sentido, tratándose de bienes ubicados por ejemplo en la Zona de Conservación de Los Cerros Orientales de Bogotá, en razón a los usos asignados en concordancia con la naturaleza de la protección: el propietario no puede ejercer su facultad de usar y gozar el bien. Aquí los beneficios que recibe el propietario respecto del bien, son los mismos que recibe cualquier otro ciudadano, esto es, contemplar el paisaje forestal, respirar su aire y disfrutar de la preservación de una gran riqueza natural, de manera que se vulnera el núcleo esencial de los atributos de uso y goce de la propiedad, quedando convertida en nuda propiedad.

Respecto de los Parques Nacionales Naturales se presenta la misma situación, pero adicionalmente se vulnera el núcleo esencial de atributo de disposición, pues se prohíbe la venta del inmueble.

En este evento, de conformidad con lo planteado, al vulnerarse el derecho de propiedad, se genera el derecho a la justa indemnización, y tratándose de una vulneración del derecho, aquí el restablecimiento del equilibrio en la distribución de las cargas se obtiene con el precio del bien y la compensación



integral de los perjuicios en desarrollo del marco de los principios constitucionales.

Lo anterior recobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que la vulneración del derecho se ocasiona al asignar a la propiedad privada unos usos connaturales a la propiedad pública. Así, la mejor manera de restablecer el equilibrio de las cargas es precisamente dándole al inmueble la formalidad de propiedad pública mediante su adquisición por parte del Estado y el pago del justo precio al particular.

De otra parte, al igual que la Ley 9 de 1989 lo prevé para las afectaciones, en este tipo de circunstancias debe operar la compensación correspondiente por el término en que las acciones urbanísticas hayan generado el perjuicio.

Ahora, ¿cuál es el justo precio para este tipo de suelo que tiene una destinación cuya naturaleza no va acorde con la posibilidad de explotación económica, que suele tener la propiedad privada?

Al suelo que carece de asignación de usos con posibilidades de explotación económica, corresponde un precio bajo en términos de mercado.

No obstante lo anterior, se ha dicho que aún cuando la propiedad privada no contiene dentro del núcleo esencial de sus



atributos la posibilidad de determinar qué usos puede desarrollar, sí tiene derecho a la asignación de unos usos connaturales a los atributos de su módulo privado.

También se ha establecido que para garantizar el equilibrio en la distribución de las cargas y los beneficios, ese contenido de la propiedad debe corresponder a un mínimo estándar, pues todo elemento adicional debe adquirirse pagando a la sociedad la correspondiente participación en plusvalía.

De conformidad con lo anterior, el justo precio que equilibraría el reparto de las cargas y los beneficios, sería aquél que corresponda al suelo que goza de sus mínimos estándares de usos o posibilidad de explotación económica.

No obstante, si la propiedad ha sido adquirida con anterioridad al momento en que se otorga la clasificación de suelo protegido, habría que consultar el valor del suelo en ese momento, para garantizar el restablecimiento del equilibrio en la distribución de las cargas y los beneficios.

Como ha podido verse, la propiedad ha venido siendo objeto de un proceso continuo y constante de redefinición, en el que sus contenidos han ido incorporando una función social con mayores niveles de exigencia, que se materializa a través de las acciones



y actuaciones urbanísticas propias del ordenamiento de las ciudades.

La propiedad viene viviendo su propio proceso de evolución en el que se transforma para hacerse más solidaria y menos individualista. La función social integrada como elemento de su estructura, prevalece siempre sobre cualquier interés particular, de manera que su aplicación es ineludible e indiscutible.

No obstante, este proceso de ordenamiento urbanístico en ocasiones asigna niveles tan altos de función social (como uno de los principios que lo orienta), que desborda los límites de la propiedad privada, generando desequilibrio en la distribución de las cargas y los beneficios.

También se han encontrado situaciones en las que la función social se fortalece tanto, que la propiedad privada se ve avocada a inundarse de contenidos solidarios de tal dimensión, que los atributos que corresponden a su módulo privado desaparecen.

Nótese que las circunstancias señaladas en este último tipo de eventos, puede catalogarse como un comportamiento sistemático de vulneración del derecho de propiedad en el país.

Son muchos y constantes los casos en los cuales se ha procedido a la protección de suelo con la asignación de usos que van



acorde con los intereses de la mayoría, pero que como se ha mostrado, conducen a la vulneración del núcleo esencial de los atributos del módulo privado de la propiedad, sin que tales acciones urbanísticas vayan acompañadas de medidas que permitan indemnizar los perjuicios causados.

#### **4.4 La evolución de la propiedad: el camino por recorrer.**

Como se ha dicho, la propiedad es uno de los derechos de más viejo reconocimiento, como también constituye uno de los primeros que fue elevado a la categoría de derecho humano y su consolidación, como la de tantos otros derechos, ha implicado muchas luchas, muchos sacrificios y muchas vidas.

Ahora, en una sociedad que continúa ganando mayores niveles de desarrollo, la propiedad sigue transformándose. Así se ha mostrado en esta relación del derecho de propiedad inmobiliaria, con los derechos al adecuado ordenamiento urbanístico de la ciudad, el espacio público y la participación en plusvalía. Donde la propiedad se transforma incluyendo dentro de su estructura a la función social, con la cual contribuye adecuadamente a la consolidación de los demás derechos señalados.

Pero ¿qué pasa con la propiedad en los demás ámbitos y qué debe esperarse de su evolución?



El análisis que se ha realizado en este ejercicio académico, contiene unas conclusiones sobre el estado actual de la propiedad, que luego se aplican a cada una de las situaciones que plantea el derecho urbanístico. Puede considerarse que las conclusiones que se construyen sobre el análisis del estado de la propiedad son aplicables a todos los ámbitos de este derecho. De manera que el ejercicio que se realiza respecto de las acciones urbanísticas, puede llevarse a todos los escenarios o a todo tipo de bienes.

Ciertamente el estudio realizado nos muestra una propiedad más solidaria en el estado actual. Sin embargo, ese nuevo concepto de propiedad en transformación, aún no responde a las necesidades del mundo contemporáneo y menos aún, a las necesidades de preservación de los derechos de las futuras generaciones.

Mientras en ciertos núcleos existe una acumulación de riqueza en niveles que exceden enormemente las necesidades de sus beneficiarios; en otros escenarios reina la escasez.

En países como el nuestro son muchas las personas que habitan en las calles, en tugurios o en el hacinamiento de una habitación en alquiler; en lugar de una vivienda digna. Muchos padres no tienen cómo enviar a sus hijos a estudiar. La gran mayoría de



los jóvenes no cuentan con recursos para cursar estudios universitarios. Muchas familias no tienen qué desayunar o tienen que irse a la cama sin siquiera una agua de panela.

Incluso, en otras regiones, las imágenes de muertes por hambruna dan escalofríos a quienes las observamos a distancia, a través del foco de los modernos medios de comunicación.

Al respecto, un gran maestro me decía durante la construcción de esta tesis que:

*“La propiedad es de quien la necesita, pues ahí es donde está el verdadero valor. Concentración sin servicio es contrario al amor y solidaridad universal. Ya no se puede pensar en individualidad, sino en lo universal. Todos merecemos estados mínimos de satisfacción de las necesidades.*

*La propiedad debe evolucionar, como el estado de conciencia de los seres humanos. Somos amor, paz y libertad. Todos somos. Somos uno solo, recibimos dones del mismo creador y debemos aprender a administrarlos para bien de todos”*

Ello nos muestra que el “derecho de propiedad”, que ha tenido una transformación muy importante, está llamado ahora a



continuar su evolución para garantizar que en todos los ámbitos la función social sea realmente integrada a su contenido.

En este momento de evolución de la humanidad, el individuo debe comenzar a pensar como parte de un mundo que requiere que actuemos como un solo equipo, que trabajemos por el "bien estar conjunto" y que contribuyamos a la evolución del alma de la tierra, con la justa administración de su riqueza. Ello para retornar al equilibrio, como incluso lo señala la biblia en su Libro de Sirácides (Eclesiástico) 16 29-30, donde contempla que:

*"Después de eso, el Señor miró hacia abajo, a la **tierra**, y la **colmó de sus riquezas**. Le dio un **alma**, una **cubierta de seres vivos**, y todos retornan a la tierra."*

De conformidad con lo anterior, esa evolución del derecho de propiedad, no puede ya estar manchada de guerras o conflictos, sino que por el contrario, debe caracterizarse por la solidaridad a la cual pueden conducirnos las leyes y la cultura de seres humanos que evolucionamos hacia un nivel de conciencia superior.

No es comprensible que en unos hogares se muera de hambre, en tanto que en otros se boten manjares costosos.



Sin embargo sería pretencioso pensar que en este trabajo académico se pudieran brindar soluciones a las problemáticas históricas que se han suscitado alrededor del tema (aspecto que no está entre los objetivos). Pero mientras se va presentando una transformación de fondo, existen pequeñas acciones que pueden aportar.

Así, resultaría muy sencillo que las grandes fortunas dediquen parte de esa riqueza para patrocinar los estudios universitarios a algunos jóvenes de menores recursos, o para subsidiar viviendas dignas a algunas familias, o generar desarrollo en los países con mayor pobreza y hambruna.

No se trata de utopías, pues ya se han observado algunos ejemplos de los llamados filántropos, que han comprendido que su riqueza puede conducir a hacer más digna y feliz la vida de muchas otras personas, sin que ello afecte su propio nivel de vida.

Los Estados pueden generar incentivos, formación cultural, o reglas para ese tipo de comportamientos solidarios, como también pueden fomentar la creación de empresas pensadas para la generación masiva de buenos empleos, con un desarrollo sostenible y, no necesariamente para la producción de superávits (aspecto planteado en el artículo 58 de la Constitución Política Colombiana).



En últimas, se trata de evolucionar hacia la solidaridad global. Donde todos podamos gozar de niveles básicos de satisfacción de las necesidades, para que los caminos de la paz y la armonía permitan ir hacia un mundo más feliz. La tierra ha sido cubierta de suficiente riqueza para que ello sea posible. Y llegar a ese nivel no implica la desarticulación de los grandes capitales, sino el cumplimiento de una misión que ha de ser incorporada dentro de la estructura de la propiedad.

El derecho de propiedad muy seguramente seguirá evolucionando, de manera que su función social irá abriendo caminos que permitan ampliar el componente solidario, manteniendo el equilibrio en la distribución de las cargas y beneficios.



## BIBLIOGRAFÍA

ANGOSTO SAENZ, José Fulgencio. El ius edificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano. Universidad de Murcia, Murcia (España), 1997.

JIMÉNEZ LINARES, María Jesús. El derecho al aprovechamiento urbanístico. Navarra: Aranzadi Editorial, 1997.

LÓPEZ MARIÑO, Diana Alexandra. La ordenación urbanística del suelo y la transformación de la propiedad privada a través del derecho público. Bogotá: Universidad del Rosario, Monografía 2004.

MALDONADO COPELO, María Mercedes y otros. Planes Parciales, gestión asociada y mecanismos de distribución equitativa de las cargas y beneficios en el sistema urbanístico colombiano. Bogotá: Lincoln Institute of Land Policy, 2006.

MALDONADO COPELO, María Mercedes. Derecho Urbanístico: estudios brasileros e internacionales. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARTÍN VALDIVIA, Salvador María, Urbanismo y especulación: los patrimonios públicos del suelo. Madrid: Ed. Montecorvo, 1998.

MEDINA DE LEMUS, Manuel. La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico. Madrid: J. San José SA, 1995.



MONTORO CHINER, Javier, "Urbanismo y vivienda", en Estudios jurídicos sobre urbanismo, Centro de Estudios de Derecho y Ciencias Sociales – Cedecs, Barcelona, 1998, pp.105 y ss.

PINILLA PINEDA, Juan Felipe, Evolución del sistema urbanístico Colombiano: reflexión pendiente desde el derecho. Bogotá: Ed. Uniandes, 2003.

SMOLKA Martín y FURTADO Fernanda (editores). Recuperación de plusvalías en América Latina. Santiago de Chile: Eurelibros, 2001.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, Álvaro. DERECHO CIVIL: Derechos Reales. Bogotá: editorial Temis, 1999.

VILLEGAS DEL CASTILLO, Catalina. Análisis del derecho a la propiedad a propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿hacia una redefinición del derecho de propiedad? Bogotá: Universidad de los Andes, Monografía 2004.



## JURISPRUDENCIA CITADA

Consejo de Estado – Sección Cuarta, sentencia del 5 de noviembre de 2003, consejera ponente María Inés Ortiz Barbosa, expediente AP-3447.

Consejo de Estado – Sección Primera, sentencia del 14 de junio de 2001, consejero ponente Manuel Santiago Urueta Ayola, expediente 6569

Consejo de Estado – Sección Primera, sentencia del 27 de junio de 2003, consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, expediente 7262.

Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 22 de enero de 2004, consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente AP01-527.

Corte Constitucional, sentencia C-006 del 18 de enero de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C-189 del 15 de marzo de 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-189 del 15 de marzo de 2006, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-295 del 29 de julio de 1993, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-475 del 25 de septiembre de 1997, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.



Corte Constitucional, sentencia C-544 del 28 de julio de 2007, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia C-595 del 18 de agosto de 1999, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia T-245 del 21 de mayo de 1997, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, sentencia T-284 del 16 de junio de 1994, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia T-422 del 6 de octubre de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 14 de septiembre de 1989, magistrados ponentes Hernando Gómez Otálora, Jaime Sanín Freiffenstein y Didimo Páez Velandia, Expediente 1903.

Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 14 de septiembre de 1989, magistrados ponentes Hernando Gómez Otálora, Jaime Sanín Freiffenstein y Dirimo Páez Velandia, Expediente 1903.

Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 9 de noviembre de 1989, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, Expediente 1918.

Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 9 de noviembre de 1989, magistrado ponente Jairo E. Duque Pérez, Expediente 1937.



Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 9 de noviembre de 1989, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, Expediente 1918.

Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 9 de noviembre de 1989, magistrado ponente Jairo E. Duque Pérez, Expediente 1937.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, sentencia del 29 de septiembre de 2006, Magistrado ponente César Palomino Cortés, expediente AP-2005-0662.