

**LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO ESPECIAL EN LA PLANIFICACIÓN DE LA
CIUDAD**

ALEJANDRA CUERVO GIRALDO

Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público

Director: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C., Colombia**

2020

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS
EN DERECHO PÚBLICO**

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

**Directora del Departamento
Derecho Constitucional:** **Dra. Magdalena Correa Henao**

Director de Tesis: **Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba**

Examinador: **Dr. Carlos Sebastián Barreto**

La Configuración del Daño Especial en la Planificación de la Ciudad

Special Damage Caused in City Planning

Alejandra Cuervo Giraldo*

Sumario: Introducción. 1. Un Punto de Partida en común: El Equilibrio de las Cargas Públicas como Criterio de Imputación y el Principio de Distribución Equitativa de las Cargas y Beneficios. 2. Un Daño Antijurídico enmarcado en la Responsabilidad Objetiva: La Decisión y Actuación Urbanística ajustada a parámetros de Legalidad. 3. El Supuesto menos Debatido: El Cambio en las Normas del Plan de Ordenamiento Territorial. 4. Configuración de Responsabilidad por Imposición de Cargas Publicas: Desconocimiento del Núcleo Esencial del Derecho de Propiedad. Conclusión: La Ciudad Escenario de Responsabilidad Civil Extracontractual poco Explorado. Bibliografía.

Introducción

Un análisis de la responsabilidad estatal generada a partir de actuaciones legales en temas relacionados con la planificación de la ciudad es el objetivo principal a desarrollar, para ello, se hace preciso ahondar en dos conceptos jurídicos de total trascendencia por activar toda una cadena de eventos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado.

Ese primer concepto al que se hace alusión se encuentra enmarcado como principio dentro de la ordenación del territorio, y es la distribución equitativa de las cargas y beneficios. Esta se justifica en la igualdad y ordena que todas las herramientas normativas de planeación urbanística establezcan mecanismos que garanticen su cumplimiento.

Sin embargo, cuando ese reparto no es equitativo y por el contrario, se imponen cargas sin beneficios que las compensen, se activa nuestro segundo concepto a estudiar, el equilibrio de las cargas públicas como criterio de imputación de responsabilidad. Por tanto, cuando se rompe ese equilibrio es posible configurar daños que ameriten su resarcimiento.

Debe tenerse en cuenta, que estas cargas urbanísticas se encuentran ampliamente legitimadas por la función social y ecológica impuesta al derecho a la propiedad, lo que le permite convertirse en una herramienta que genera desarrollo territorial a través del aprovechamiento del suelo, creando nuevos espacios para la convivencia ciudadana.

* Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Constitucional. Línea de Investigación en Derecho Urbano. Asesor: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba. Bogotá D.C., 13 de julio de 2020

Estas cargas suelen acompañarse de beneficios estandarizados en normas que en principio deberían garantizar un equilibrio en su repartición. No obstante, el hecho de que la administración no beneficie al afectado, nos puede ubicar en un escenario de responsabilidad objetiva.

Por tanto, aunque la decisión de la administración y su actuación urbanística estén ajustadas a parámetros de legalidad, el desequilibrio de las cargas públicas que se generan por no compensar la limitación o afectación del derecho a la propiedad, puede derivar en un daño anormal y excepcional indemnizable.

En todo este análisis surge como elemento esencial en el desarrollo urbanístico, el plan de ordenamiento territorial, frente al cual vale la pena resaltar que la jurisprudencia ha indicado que, los cambios que puedan presentarse con la expedición de esta herramienta normativa, en principio no comprometen la responsabilidad del Estado.

Y su justificación se encuentra básicamente en la naturaleza cambiante del desarrollo territorial, que debe avanzar y reestructurarse de acuerdo a las exigencias que plantea la sociedad, la economía, el medio ambiente, la tecnología, etc. Sin embargo, podrán existir casos en los cuales los cambios que imponga un plan de ordenamiento territorial sean de tal envergadura que sus consecuencias logren desequilibrar las cargas públicas y producir un daño antijurídico.

En este panorama de responsabilidad, es importante distinguir los posibles escenarios que pueden presentarse frente a esa imposición de cargas. De una parte, están esas afectaciones al derecho de propiedad que pueden limitarlo y generar un daño que debe repararse, pero que no logran desconocer su núcleo esencial.

Y de otra parte, existen aquellas que desdibujan por completo este derecho, que limitan de formal tal su ejercicio, que alcanzan a crear un efecto expropiatorio debido al impedimento que le generan al propietario de disponer de su inmueble. Esa afectación intensa que desconoce el núcleo esencial del derecho de propiedad configura inmediatamente un daño antijurídico que por su alcance obliga a indemnizar con el valor total del bien.

Este recorrido nos lleva necesariamente al centro y origen de todo, la ciudad. Aquél espacio físico en el que convergemos como individuos que forman sociedad, en donde pretendemos validar derechos y se nos imponen obligaciones.

La ciudad y su planeación a través de la historia han tenido una importante evolución social, política y normativa, que ha permitido crear regulaciones, que aunque incompletas aun, han sido la base de la expansión y el aprovechamiento del suelo que se ha dado hasta nuestros tiempos. Pero este actuar legítimo del Estado no es posible llevarlo a cabo sin que se produzcan daños para algunos propietarios.

Lo que nos permite concluir que en toda esta dinámica del desarrollo territorial, es necesario distribuir cargas que permitan generar espacio público, bienestar social, protección

ambiental, entre otros. Sin embargo, aunque sean de obligatorio cumplimiento las limitaciones impuestas, estas deberán ser compensadas en la medida en que generen daños para los propietarios.

1. Un Punto de Partida en común: El Equilibrio de las Cargas Públicas como Criterio de Imputación y el Principio de Distribución Equitativa de las Cargas y Beneficios

La evolución normativa del concepto de propiedad ha traído consigo importantes modificaciones para la dinámica del urbanismo y la ordenación del territorio. La propiedad que se consideraba como un derecho absoluto, tuvo que ceder ese status ante el interés general, debiendo soportar la carga solidarista de función social y ecológica.

Y es a partir de esa intervención estatal, que se hace necesario encontrar la forma de compensar a los propietarios por las cargas impuestas legalmente a sus bienes. Para lo cual, se establecen dos importantes figuras jurídicas que desde sus diferentes ámbitos de aplicación van a permitir cumplir con ese cometido.

Así pues, como creación jurisprudencial encontramos el principio del equilibrio de las cargas públicas, el cual actúa como criterio de imputación de responsabilidad al Estado. Y, de otra parte, desde el urbanismo surge el principio de distribución de cargas y beneficios, utilizado en materia de actuación urbanística.

Dentro de cualquier sociedad se hace indispensable la imposición por parte del Estado de una serie de restricciones y obligaciones en cabeza de los administrados, las cuales son establecidas para la consecución de los fines estatales, siendo esa precisamente la justificación de su existencia.

Es por esta razón que las libertades de los asociados se ven limitadas, frente a las cargas que impone el Estado para su existencia, desarrollo y organización. Tal y como lo señala García de Enterría al indicar que los particulares deben soportar "las cargas generales de la vida individual y colectiva, de las que nadie puede estar, ni está liberado"¹

Esa intromisión estatal que genera cargas públicas, debe estar regida por los principios de equidad, solidaridad y equilibrio², para que su imposición no resulte dañosa a los administrados.

En otro entendimiento, a pesar de la legitimidad que reviste a las cargas públicas por impulsar el desarrollo y crecimiento del Estado, la imposición de estas no puede excederse al punto de desequilibrar su repartición. Cuando esto ocurre nos trasladamos inmediatamente al plano de la responsabilidad estatal.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, ed. 10ª, t. I, 382 y s.s.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 16 de agosto de 2018*. M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 37719

A través de la jurisprudencia se han desarrollado los diferentes criterios de imputación de responsabilidad estatal dependiendo de la fuente que origina el daño, siendo uno de estos, la trasgresión al principio de equilibrio de las cargas públicas. Cuando este se quebranta genera responsabilidad de resarcir al afectado por parte del Estado, lo cual se concibe como una forma eficiente de mantener la equidad en relación con las obligaciones impuestas a los administrados.³

La Corte Constitucional se ha pronunciado específicamente sobre la responsabilidad del Estado por violación al equilibrio de las cargas públicas, explicando que: *“En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado.”*⁴ (bastardilla fuera de texto)

En definitiva, las cargas siempre deben estar equilibradas, pues de lo contrario se generará un perjuicio, que para los afectados, se presenta como una carga adicional en comparación al conjunto de cargas normales que recaen sobre el resto de la sociedad, lo que produce un deber jurídico de reparar.

Es de esta forma, como se ha entendido el equilibrio de las cargas públicas dentro del plano judicial, en donde es desarrollado y aplicado como punto de partida para imputar responsabilidad al Estado cuando como consecuencia de su vulneración se causa un daño antijurídico.

³ Sobre este deber de reparar, la Corte Constitucional sostiene: *“Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas.”* (bastardilla fuera de texto) CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996*, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Sentencia C-333 de 1996. Ob. cit.

Ahora bien, en cuanto al principio de distribución equitativa de cargas y beneficios, este fue establecido de forma expresa dentro del artículo 2º de la Ley 388 de 1997, como uno de los tres principios de la ordenación del territorio, al lado de la función social y ecológica de la propiedad y de la prevalencia del interés general sobre el particular.

En este punto es preciso indicar que desde la reforma de 1936⁵, hecha a la Constitución de 1886, en la que se incluye la función social de la propiedad, “se introdujo una reforma sustancial en el contenido del derecho, el ordenamiento jurídico colombiano había iniciado una nueva etapa en la intervención administrativa en el derecho de propiedad. Aun cuando el debate inicial fue más semántico que jurídico, en torno a si la propiedad es o cumple una función social, se fue decantando su utilidad como habilitación al legislador para limitar o delimitar el ejercicio del derecho de propiedad.”⁶

Y es con este significativo cambio, dentro de la normatividad urbanística comenzó a desarrollarse un orden equitativo en el que se reconoce la importancia de establecer obligaciones a los propietarios para alinear y desarrollar ciudad, pero al mismo tiempo buscando la manera de compensar dichas imposiciones.

Es así como desde la Ley 9 de 1989 podemos encontrar un antecedente en el que se hace uso de este principio. En su artículo 37 se desarrolló la forma en que puede afectarse una propiedad con ocasión a una obra pública, al señalar que “La entidad que imponga la afectación o en cuyo favor fue impuesta celebrará 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.”

Este importante principio de la ordenación del territorio, ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, quien ha manifestado que: “el reparto equitativo de cargas y beneficios que debe adoptarse por las autoridades de las entidades territoriales, es entendido como un mecanismo a través del cual, en procura de la reglamentación del suelo en el ámbito territorial, se garantizan las condiciones favorables para la generación de proyectos de desarrollo social y económico.”⁷

⁵ Mediante el Acto Legislativo 1 de 1936, se modificó el artículo 36 de la Constitución colombiana de 1886, el cual dispuso: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, 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 particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la Mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.”

⁶ PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN. “*La relativización del derecho de propiedad en Colombia*”; en Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales No. 26, Ciudad de México, Universidad de Monterrey, 2017, 54

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. *Sentencia del 31 de julio de 2014*. M.P.: María Claudia Rojas Lasso, exp. 25000-23-24-000-2007-00235-02.

Por otra parte, también ha indicado este Tribunal que las cargas deben entenderse como los deberes, y los beneficios como los derechos inherentes a la propiedad. Y frente a su objetivo primordial, manifiesta que este consiste en *“evitar que los titulares del derecho de propiedad, se apropien inequitativamente de los beneficios que reporta el ejercicio de la actuación urbanística. Así mismo, lo que pretenden es incorporar los beneficios urbanísticos en el patrimonio de los propietarios, cuando se cumplan con las cargas de la urbanización que estén fijadas en el Plan de Ordenamiento Territorial POT y en el Plan Parcial, que se haya impuesto a sus propiedades.”*⁸ (bastardilla fuera de texto)

Otro trascendental propósito de este principio, que incluye un aspecto social, es el contenido en el Decreto Distrital 190 del 2004 cuando señala que: *“La política de gestión del suelo se sustenta primordialmente en el principio del reparto equitativo de las cargas y beneficios derivados del ordenamiento urbano, dirigida a reducir las inequidades propias del desarrollo y a financiar los costos del desarrollo urbano con cargo a sus directos beneficiarios.”*⁹ (bastardilla fuera de texto)

Dentro de las normas de derecho urbano, son muchos los ejemplos que al respecto pueden encontrarse. El artículo 38 de la Ley 388 de 1997 indica que, son los Planes de Ordenamiento Territorial y las normas urbanísticas que los desarrollan los llamados a dar aplicación al principio de igualdad, estableciendo mecanismos que garanticen el reparto equitativo de cargas y beneficios entre los afectados. Y trae como ejemplos de estos mecanismos, *las unidades de actuación, la compensación y la transferencia de derechos de construcción y desarrollo*, entre otros.

En cuanto a las unidades de actuación urbanística¹⁰, se plantea la necesidad de distribuir cargas entre los propietarios relacionadas con la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos colectivos. Al tiempo que señala que los costos en que debe incurrirse para materializar esa infraestructura serán recuperados mediante tarifas, contribución de valorización, participación en plusvalía o impuesto predial, como garantía de la distribución de cargas y beneficios.

Así mismo, cuando hace alusión a la compensación por tratamiento de conservación, indica que cuando en los Planes de Ordenamiento Territorial o en las normas que los desarrollen, se haya determinado un inmueble como de conservación histórica, arquitectónica o

⁸ *Ibíd.*

⁹ Ver artículo 29 del Decreto Distrital 190 del 2004. Es de anotar que este decreto fue derogado por el Decreto Distrital ~~364~~ de 2013, sin embargo, este último se encuentra suspendido provisionalmente mediante Auto ~~624~~ del 27 de marzo de 2014, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado - Expediente No. 2013-00~~624~~-00.

¹⁰ El artículo 39 de la Ley 388 de 1997 define la Unidad de Actuación Urbanística en los siguientes términos: *“Como Unidad de Actuación Urbanística se entiende el área conformada por uno o varios inmuebles, explícitamente delimitada en las normas que desarrolla el plan de ordenamiento que debe ser urbanizada o construida como una unidad de planeamiento con el objeto de promover el uso racional del suelo, garantizar el cumplimiento de las normas urbanísticas y facilitar la dotación con cargo a sus propietarios, de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos colectivos mediante reparto equitativo de las cargas y beneficios.”*

ambiental, los propietarios “deberán ser compensados por esta carga derivada del ordenamiento, mediante la aplicación de compensaciones económicas, transferencias de derechos de construcción y desarrollo, beneficios y estímulos tributarios u otros sistemas que se reglamenten.”¹¹

Otro de los ejemplos más recurrentes dentro de las obligaciones impuestas a los propietarios en temas urbanísticos, son las denominadas cesiones gratuitas obligatorias¹² que se presentan como una forma de producir espacio público a partir de la intervención al suelo cuando se urbaniza o se construye. Y son los reglamentos municipales o distritales, los que deben determinar las cesiones gratuitas que se tienen que hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general.¹³

Así las cosas, la distribución equitativa de cargas y beneficios se instituyó como uno de los pilares fundamentales dentro de la ordenación del territorio, convirtiéndose en el medio a través del cual se garantiza que la participación en los beneficios tenga la misma intensidad que la participación en los aportes. Lo que permite, que se genere un trato equitativo entre los propietarios del suelo, en cuanto a las obligaciones que deben cumplir y los aprovechamientos urbanísticos a que tienen derecho.

A partir de lo expuesto hasta este punto, es posible indicar que desde la jurisprudencia y desde la planeación de ciudad, se busca el respeto por una igualdad material que permita mantener el equilibrio entre lo que se exige y lo que se da por parte de Estado, además de garantizar que a todos los asociados se les exija y se les dé equitativamente.

No obstante lo anterior, y para concluir este capítulo es importante preguntarnos ¿a qué se debe la existencia de una relación tan dependiente entre estos dos principios? y ¿por qué se convierten en un punto de partida cuando hablamos de responsabilidad estatal?

Pues bien, queda claro que en la creación y planificación de ciudad existe el deber de cumplir con el principio de distribución equitativa de cargas y beneficios. Sin embargo, cuando esa distribución no se lleva a cabo de forma equitativa, se abre paso a un ámbito de responsabilidad del Estado ante la ausencia de un equilibrio de las cargas públicas, lo que termina siendo el criterio de imputación del daño antijurídico producido.

¹¹ Ver art. 48 Ley 388 de 1997.

¹² Sin embargo, hay quienes opinan que las cesiones gratuitas obligatorias no son en realidad gratuitas, por cuanto su valor se expresa en el precio del suelo privado: “Las cesiones obligatorias de suelo urbanizable son la principal fuente para la configuración del acervo de suelo de uso público y, en nuestro ordenamiento jurídico, se les califica erróneamente como “gratuitas”. El efecto de tal equívoco tiene una gran trascendencia en el plano jurídico-económico, pues crea la ilusión de que el supuesto altruismo al que se ven obligados los poseedores de un dominio sobre el suelo hace que ellos asuman la carga equivalente que derivaría en la apropiación de beneficios por la colectividad cuando, en efecto, tal carga se traslada por mecanismos de mercado ya sea al gobierno local o al usuario final de los activos inmobiliarios.” Ver ALFONSO R., OSCAR A. “*¿No hay suelo gratis! un aporte desde la economía institucional urbana al desarrollo del principio de reparto equitativo de cargas y beneficios de la urbanización*”; en Revista Economía del Caribe No. 2, Barranquilla, Universidad del Norte, 2008, 152 y ss.

¹³ Ver art. 37 Ley 388 de 1997.

Por lo tanto, la interrelación entre estas dos figuras se sustenta en la correspondencia existente entre ambas, si se incumple con una se activa la otra. Es decir, que, ante la inobservancia del deber de establecer cargas y beneficios de una manera ecuánime, podría causarse un daño antijurídico por el que el Estado deberá responder judicialmente.

En este punto es preciso entonces proceder a analizar los daños que pueden ocasionarse con las actuaciones urbanísticas y cuándo estos se convierten en antijurídicos, accionando el deber jurídico de reparar.

2. Un Daño Antijurídico enmarcado en la Responsabilidad Objetiva: La Decisión y Actuación Urbanística ajustada a parámetros de Legalidad

Dentro de la dinámica del derecho urbano, es posible observar la planificación de ciudad a través de la estructuración de esquemas de gestión del suelo que permiten, entre otros aspectos, realizar un reparto equilibrado de las cargas y los beneficios propios del ordenamiento urbano.

La imposición de cargas a los propietarios del suelo, es uno de los factores que contribuye al desarrollo urbano de la ciudad, pues a través de estas se pueden llevar a cabo obras de espacio público, conservar zonas ambientalmente protegidas, preservar bienes históricamente relevantes, entre otras actuaciones de relevancia urbanística. Esto con el fin de lograr mejores condiciones de vida para los habitantes de la ciudad, y de enfrentar los efectos de los procesos de crecimiento y densificación.

Atendiendo a esa dinámica, puede afirmarse que esa potestad del Estado se encuentra ajustada a parámetros de legalidad, pues además de contribuir de forma eficiente con la ordenación del territorio y el adecuado aprovechamiento del suelo, estas cargas se derivan de la función social de la propiedad, por lo que deberán ser soportadas por los propietarios siempre y cuando exista una debida compensación ajustada al ordenamiento jurídico.

Apelando a esa lógica de justicia social, debe existir entonces un tratamiento equitativo entre los propietarios del suelo y la gestión estatal, en relación con las obligaciones impuestas y los aprovechamientos urbanísticos otorgados a modo de retribución. Así pues, dentro de la normatividad urbanística, en aplicación al principio de la distribución equitativa de cargas y beneficios, es posible encontrar gran variedad de ejemplos que ilustran este fundamento del ordenamiento del territorio.

Mediante el Decreto 829 de 2018, expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá y "Por medio del cual se adopta el Plan Parcial de Desarrollo denominado "La Arboleda", ubicado en la localidad de San Cristóbal y se dictan otras disposiciones ", se determinan los derechos y obligaciones urbanísticas a cargo de los propietarios de los predios incluidos en el ámbito de aplicación del Plan Parcial.

Es así, como en su artículo 30 establece que: “las cargas locales objeto de reparto incluirán la entrega material, titulación, construcción y/o dotación de parques, zonas verdes, vías vehiculares y los predios urbanizados para la localización de los equipamientos comunales públicos. Así mismo, incluirá la ejecución de obras públicas correspondientes a redes secundarias y domiciliarias de servicios públicos domiciliarios.”

Haciendo contrapeso a esas imposiciones, mas adelante consigna la forma en la que procederá a compensar a los propietarios por las obligaciones consignadas, indicando que: “Los beneficios en el Plan Parcial “La Arboleda” se entienden como los aprovechamientos urbanísticos que son objeto de distribución equitativa y que corresponden a metros cuadrados de construcción, de acuerdo a los usos autorizados en este instrumento”.¹⁴

Otro ejemplo tradicional en temas urbanísticos, es la declaratoria de bien de interés cultural, que se da mediante un acto administrativo en el que se verifica que este cumpla con los criterios establecidos en el Plan de Ordenamiento Territorial. Cuando un inmueble es afectado con esta categorización inmediatamente se ve limitado el derecho a la propiedad debido a las restricciones que se generan, pues se limitan tanto las intervenciones sobre estos predios, como los usos a los cuales se destine.

En general las obras de intervención permitidas, están encaminadas a la restauración, reconstrucción, mantenimiento, ampliación y adecuación funcional, esto se suma al hecho de que ningún uso de alto impacto se permite en los Bienes de Interés Cultural.¹⁵

Con el propósito de compensar ese daño ocasionado a los propietarios de estos inmuebles, es común observar dentro de las diferentes normas urbanísticas, que se establecen beneficios económicos, siendo los más comunes, la exención tributaria para el pago del impuesto predial y la equiparación al estrato uno (1) para el cobro de tarifas de servicios públicos, siempre y cuando se destinen a uso residencial, no se hayan disminuido sus valores históricos, arquitectónicos o urbanísticos, se encuentren en buen estado de conservación y cumplan con las normas aplicables al inmueble.¹⁶

Así mismo, es posible visibilizar en el Decreto 621 de 2016¹⁷ de la Alcaldía Mayor de Bogotá, mediante el cual se regulan varios aspectos relacionados con la renovación urbana Benford,

¹⁴ Ver art. 35 Decreto 829 de 2018.

¹⁵ Ejemplos de estas limitaciones en usos e intervenciones a bienes de interés cultural, se pueden encontrar en los artículos 5 (obras permitidas) y 17 (usos permitidos) del Decreto Distrital 560 de 2018, “Por medio del cual se define la reglamentación urbanística aplicable a los Bienes de Interés Cultural del ámbito distrital y se dictan otras disposiciones.”

¹⁶ En el Decreto 070 de 2015 “Por el cual se establece el Sistema Distrital de Patrimonio Cultural, se reasignan competencias y se dictan otras disposiciones.”, está regulada la manera en la que debe hacerse la equiparación al estrato uno (1) de inmuebles de interés cultural en la ciudad de Bogotá D.C.

¹⁷ Decreto modificado y adicionado por el Decreto Distrital 595 de 2017, por el cual incorporan áreas al Tratamiento Urbanístico de Renovación Urbana sobre ejes de la Malla Vial Arterial con Sistema de Transporte Público Masivo Transmilenio, se adoptan las fichas normativas de los sectores incorporados y se dictan otras disposiciones.

la forma en la que se imponen cargas como estrategia para equilibrar la balanza frente al beneficio originado en el acceso a la edificabilidad de los predios.

Así pues, en su artículo 24 se indica que: “Las cargas urbanísticas contempladas en el presente Decreto surgen con el propósito que los propietarios del suelo accedan a la edificabilidad permitida dentro del reparto de cargas y beneficios, (...). Las cargas urbanísticas que deben asumir los respectivos proyectos son las siguientes: 1. De generación de espacios públicos peatonales; 2. De ampliación de las vías de la malla vial local e intermedia contiguas a los predios localizados dentro del ámbito del presente Decreto; 3. De pago compensatorio como contraprestación por los beneficios de edificabilidad adicional otorgados.”

En conclusión, respecto a este punto, puede afirmarse que aunque el Estado en muchas ocasiones se ve obligado a desequilibrar las cargas, imponiendo a unos más que a otros, estas cargas son legales y no generan daños que resarcir, siempre y cuando estén suficientemente compensadas, tal y como quedó demostrado en los ejemplos traídos a colación líneas atrás. Pero, ¿qué ocurre cuando estas imposiciones a los propietarios no se compensan adecuadamente?

Cuando esto se presenta nos encontramos frente a la configuración de un daño antijurídico, concepto que al no haber sido definido ni por la ley ni por la constitución, tuvo desarrollo jurisprudencial. El Consejo de Estado ha acogido en múltiples oportunidades la definición de daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", lo que conlleva a que se haya "desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Esto le permite concluir que "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"¹⁸

Entonces, cuando se configura un daño antijurídico es preciso adelantar un juicio de responsabilidad, en el que se debaten los efectos de las decisiones urbanísticas en relación con el desequilibrio entre la carga impuesta y la compensación otorgada o incluso cuando esta última nunca se reconoció. A pesar de que esas decisiones recaen sobre el bien, el afectado directo es el propietario, quien se encuentra legitimado para reclamar perjuicios materiales e inmateriales ante la jurisdicción contencioso administrativa, derivados del actuar legal del Estado.

En la jurisprudencia colombiana es posible encontrar múltiples ejemplos sobre la configuración de daños antijurídicos derivados de la decisión de la administración de afectar un bien inmueble limitando el uso, disposición o goce del mismo. Se hace preciso entonces citar algunos casos de especial relevancia en la materia, y que permiten ilustrar la postura de la jurisdicción contencioso administrativa al respecto.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 13 de julio de 1993*, M.P.: Juan De Dios Montes Hernández, exp. 8163.

Uno de los primeros fallos relacionado con actuaciones urbanísticas, se dio el 30 de enero de 1987, y es el caso relacionado con una obra pública que se llevó a cabo en la calle 53 de la ciudad de Bogotá. Con la construcción de un puente elevado en esa zona, se le causaron a los demandantes perjuicios materializados en la desvalorización de sus inmuebles, en la contaminación ambiental derivada del paso de los vehículos y en la agravación de las condiciones de seguridad.

Este caso, es un claro ejemplo del rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas, derivado de un actuar lícito de la administración que tenía por objetivo mejorar la movilidad del sector, a partir de lo cual se causó para unos pocos un daño anormal.

Los argumentos esbozados para resolver este caso, fueron los siguientes: “Se puso en evidencia que la obra del puente de la 53 con la carrera 30 produjo un daño de carácter excepcional a los dueños del inmueble aledaño a dicha obra (número 28A-05 de la calle 53). Daño o perjuicio que no surge de una falla del servicio (la actividad de la entidad demandada fue legítima) sino del hecho de habersele impuesto a los demandantes una carga especial en beneficio de la comunidad. Carga que rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (forma del principio general de la igualdad ante la ley)”¹⁹

En igual sentido, se ha pronunciado el alto tribunal en relación con las afectaciones a la propiedad a causa de temas medioambientales. El Consejo de Estado en segunda instancia resolvió el litigio iniciado con ocasión a los perjuicios derivados de la decisión del Instituto Nacional de los Recursos Renovables y del Ambiente–Inderena–, de declarar como Área de Reserva Forestal Protectora²⁰, 520 hectáreas de terreno que incluían el predio del demandante.²¹

Es de aclarar, que en este caso a pesar de esa limitación intensa a los derechos de propiedad del demandante, no hubo ningún tipo de compensación previa por parte de la entidad estatal que remediara los perjuicios causados. Situación frente a la cual, la Sala decidió declarar que los demandantes “fueron víctimas de un daño antijurídico por la ocupación permanente de la finca ‘El Saldo’, como consecuencia de haber sido incluido el inmueble dentro de la zona de reserva forestal protectora, según acuerdo 0057 expedido por la Junta Directiva del Inderena el 27 de agosto de 1987.”²²

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *Sentencia de 30 de enero de 1987*, exp.4493.

²⁰ Artículo 206 del Decreto 2811 de 1974. 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.

De conformidad con el Decreto 877 de 1976, los propietarios de los predios declarados como Zonas de Reserva Forestal Protectora pueden realizar algunas actividades económicas sobre el bien, aunque estas se limiten al aprovechamiento persistente de los bosques y al uso habitacional.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 9 de mayo de 2012*, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 25000-23-26-000-1993-04137-01(21906).

²² *Ibídem*.

Aunque esa afectación al interés general que gravó el inmueble, no limitó el poder de disposición de sus propietarios, si restringió las modalidades en que se podía realizar el usufructo. Por tanto, el alto tribunal consideró, que esa restricción debía ser indemnizada como consecuencia de las condiciones en que ella se hizo efectiva por parte de la demandada.

Otro ejemplo de limitaciones a la propiedad privada, lo encontramos en el proceso judicial iniciado por los propietarios de varios locales comerciales, quienes demandan al municipio en el que se encuentran ubicados, alegando que debido a la construcción de un intercambiador vial, se vio perjudicada la visibilidad de sus predios, situación que llevó a la disminución del valor comercial de sus bienes, toda vez que estos contaban con vitrinas de exhibición hacia las vías.²³

Resuelve este caso el Consejo de Estado, concluyendo que se logró demostrar “que el desarrollo de la obra denominada “intercambiador de la puerta del sol” conllevó en los predios de propiedad de los demandantes una pérdida de visibilidad que configura un daño antijurídico, reparable a título de daño especial, toda vez que con la ejecución y puesta en funcionamiento de la obra la comunidad del municipio de Bucaramanga se vio ampliamente beneficiada, entre tanto que los demandantes vieron sacrificados aspectos que afectan su derecho a la propiedad y la libertad de empresa.”²⁴

En consecuencia, puede afirmarse que el Estado deberá responder patrimonialmente, aunque actúe dentro de un marco de legalidad, si con la limitación que haga al derecho a la propiedad causa un daño especial y anormalmente grave al patrimonio del propietario. Obligación esta que se encuentra justificada por la transgresión al derecho a la igualdad frente a la afectación por cargas públicas no compensadas o compensadas en forma deficiente.

Bajo esta premisa, lo primero que se observará a continuación es el tema del cambio normativo como una posibilidad de generar perjuicios, teniendo como principal fuente las modificaciones que se realizan a las normas propias de los planes de ordenamiento territorial. Por tal motivo, es preciso entonces abordar la dinámica de este instrumento técnico como medio para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal.

3. El Supuesto menos Debatido: El Cambio en las Normas del Plan de Ordenamiento Territorial

La evolución del concepto de propiedad privada, como resultado de grandes cambios constitucionales, ha permitido su limitación frente a aspectos que se encuentren motivados por el interés general. Esto se justifica en la función social que está llamada a cumplir dentro del marco de un Estado social de derecho como el nuestro.

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 10 de noviembre de 2016*, M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 68001-23-15-000-1998-01175-01(34091).

²⁴ *Ibíd.*

Es por esto, que como bien lo ha manifestado en varias oportunidades la Corte Constitucional, el derecho a la propiedad ya no solamente se percibe como “un instrumento de realización personal y familiar, sino también como un medio para la satisfacción de intereses comunitarios.”²⁵ Siendo posible, a partir de esta connotación, identificarlo como un derecho que puede ser restringible a través de diversos instrumentos jurídicos, cuando el propósito sea el bienestar general.

Dentro de este contexto, encontramos en los planes de ordenamiento territorial una clara materialización de las condiciones que se le pueden imponer a la propiedad privada, pues “son los planes como instrumentos normativos los que precisan en el entorno de cada ciudad el destino que debe darse a los predios, las afectaciones por motivos históricos o ambientales a que pueden verse sujetos los inmuebles que reúnan determinadas características, la posibilidad de edificar o no edificar, las especificaciones concretas de dichas construcciones, los usos residenciales, comerciales, industriales o de suelo de protección que puedan darse sobre los fundos (...)”²⁶

Por tanto, partiendo de la premisa de que “la legislación urbana constituye una fuente legítima de relativización del contenido del derecho de propiedad sobre los inmuebles”²⁷, es posible afirmar que la regulación de los usos del suelo, trae consigo una serie de mandatos sociales que en ocasiones pueden superar en prevalencia a aquellos que sobre la propiedad puede exigir el titular.

Y esto se da, debido a que la planificación del crecimiento de las ciudades constituye un aspecto vital para el desarrollo de la sociedad en general. Es en estos espacios en donde la mayor parte de los individuos materializan sus derechos tanto individuales como colectivos, lo que le otorga con suficiencia una posición especial a la regulación de la ordenación del territorio.

Aunado a esto, no existe en temas de usos del suelo, un derecho a mantener una normatividad específica e inmodificable, en tanto nos encontramos frente a una materia de regulación dinámica debido a la constante necesidad de evolución en la planeación de ciudad. La jurisprudencia ha reiterado que “no existe un derecho a la intangibilidad de las reglas que definen el uso del suelo en los POTD, ni aun cuando ello afecte el alcance de licencias otorgadas o la destinación de edificaciones efectuadas conforme a estas licencias, en tanto, la modificación de las mismas se funda en el interés social (...)”²⁸

Así pues, en principio estos cambios normativos que se producen a través de la expedición de los planes de ordenamiento territorial, no generan ningún tipo de responsabilidad estatal

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-192 de 20 de abril de 2016*, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁶ RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *Planes de ordenamiento territorial, propiedad y medio ambiente*, Bogotá D.C., Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012, 37.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-422 de 6 de octubre de 1993*, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-192 de 20 de abril de 2016*, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

al partirse del supuesto de que su naturaleza es mudable. Tal y como lo ha establecido el Consejo de Estado al estructurar una línea jurisprudencial que respalda esta posición.

Dicha Corporación, ha desarrollado como hipótesis en temas de propiedad, la responsabilidad del Estado por la reglamentación general de los usos del suelo. Señalando, que podría configurarse una responsabilidad “cuando la limitación del derecho de propiedad cuyo resarcimiento se pretende obtener deviene del ejercicio de las competencias de ordenación del territorio legalmente atribuido a las autoridades administrativas.”²⁹

En seguimiento de esta línea, propuso varios posibles escenarios dependiendo de la intensidad de la intervención del Estado sobre la propiedad. Sin embargo, solamente haremos mención a la hipótesis que nos atañe.

Se plantea entonces un escenario en términos de disminución más no desconocimiento del derecho de propiedad, a través de la regulación de los usos del suelo. Cuando esta intervención ocurre mediante instrumentos como los planes de ordenamiento territorial, pueden surgir las siguientes consecuencias dentro de la responsabilidad estatal, determinadas por el Consejo de Estado.³⁰

Con la expedición de un plan de ordenamiento territorial, puede presentarse una aminoración del derecho de propiedad, que se caracterice por crear una carga tolerable para el titular, situación que lo obliga a soportarla al no generarse un riesgo para la efectividad de su derecho.

Así mismo, puede surgir una afectación al derecho de propiedad que sea particular y especial, pero que al tiempo se haya previsto dentro del ordenamiento jurídico, instrumentos para enmendarla. En estos casos, agrega el Consejo de Estado, que mediante la reparación directa le corresponderá al Juez determinar si dicha compensación realmente es idónea y suficiente para equilibrar la afectación impuesta con el beneficio otorgado.

Y el último escenario que se plantea esta Corporación, se presenta cuando existiendo una “limitación del derecho de propiedad –o de otros de contenido patrimonial respecto de un bien- particular y especial, el ordenamiento jurídico no creó mecanismos de compensación, caso el cual le compete al juez establecer la manera más adecuada de compensar el detrimento del derecho de propiedad.”³¹

En conclusión, cuando se expiden normas a través de las cuales se regulan o modifican los usos del suelo, se cambian los índices de edificabilidad, se clasifica un bien como de interés

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 26 de agosto de 2015*, M.P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 33113.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

cultural, se establecen cesiones obligatorias gratuitas, etc., no comprometen, como regla general, la responsabilidad del Estado.³²

En este orden de ideas, vale la pena preguntarnos, ¿Cuándo un cambio de normatividad en el POT genera daño antijurídico?

Es interesante comenzar la respuesta a este interrogante, acudiendo a ordenamientos jurídicos internacionales, como el español, el cual entre otras cosas ha servido de guía para la elaboración de nuestra legislación en temas urbanísticos y de desarrollo territorial.

Así pues, en España el tema ha sido mucho más desarrollado y debatido en diferentes ámbitos, por ejemplo a través del Régimen del Suelo y Valoraciones, se han establecido los supuestos de hecho a partir de los cuales puede existir responsabilidad del Estado en materia de ordenación del uso de los terrenos y de las construcciones. Además, dejan la puerta abierta para que pueda reclamarse una indemnización cuando exista una actuación lesiva para los propietarios por parte de la administración, es decir, cuando el propietario no se esté en la obligación jurídica de soportar el daño alegado.

“Como se desprende del propio contenido del antes citado artículo 2.2 de la LS de 1998 (que utiliza la expresión «*salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes*») y como recuerda la jurisprudencia, la regla de la no indemnizabilidad no es absoluta. En efecto, la propia LS de 1998 tipifica en sus artículos 41 y ss. unos supuestos indemnizatorios (por alteración del planeamiento con o sin licencia en vigor, por limitaciones singulares, por anulación de una licencia, por demora injustificada en su otorgamiento o por su denegación improcedente, etc.). Pero es que, además, dichos casos no agotan las posibilidades de acción resarcitoria frente a la Administración en materia de urbanismo. Por el contrario, cualquier actuación administrativa, con efectos lesivos o ablatorios para los particulares, puede desencadenar el nacimiento de un deber de indemnización, aunque no venga prevista o tipificada de manera expresa por la legislación urbanística.”³³

Ahora bien, en el ámbito nacional el desarrollo de este tema ha sido básicamente jurisprudencial, y es preciso iniciar el análisis a partir de la premisa de que las decisiones estatales que modifican las normas de planeación territorial son legales y que aun así es posible que se generen un impacto negativo, desproporcionado y desigual para algún titular del bien, que tenga la envergadura tal de configurar un daño antijurídico.

Por tanto, deberá demostrarse la existencia de una disminución anormal del contenido del derecho de propiedad, derivada de una decisión de la administración que cause un impacto desmedido para el titular al momento de reglamentar los usos del suelo. Esto, para poder enmarcar la responsabilidad estatal dentro de un daño especial.

³² *Ibíd.*

³³ MACERA, BERNARD-FRANK. “*Examen de algunos casos indemnizatorios no contemplados por la legislación urbanística. Análisis jurisprudencial*”, en Revista de Administración Pública No. 166, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005, 152

Y aunque se ha venido reiterando la ausencia de responsabilidad en estos casos, es preciso indicar que varios son los escenarios potenciales que podrían presentarse como casos en los que la carga impuesta sea excesiva, siendo importante tener en cuenta estas posibles hipótesis.

Podríamos ubicarnos, a manera de ejemplo, en un contexto en el que se esté desarrollando un plan parcial con la puesta en marcha de un determinado proyecto urbanístico, que exige necesariamente inversiones por parte de los titulares. Con posterioridad, es expedido un nuevo plan de ordenamiento territorial en el que se consigna la imposibilidad de continuar adelantando lo establecido en el plan parcial.

En este caso, es claro que el cambio normativo por sí solo no genera responsabilidad, pero si logra demostrarse la existencia de un terreno urbanizado mediante inversiones, habría una alta probabilidad de generarse un daño especial en cabeza de los titulares del derecho de propiedad.

Esto, apelando a dos argumentos fundamentales, el primero de ellos se relaciona con la confianza legítima³⁴ generada a través de la expedición de licencias que empezaron a ejecutarse con la expectativa de poder culminar el proyecto inicial, y segundo, porque esa limitación rompe el equilibrio de las cargas públicas con tal intensidad que esa aminoración al derecho a la propiedad permite exigir una indemnización que reconozca los valores invertidos.

Otro posible ejemplo puede ser el daño causado a los propietarios de un inmueble, al cual mediante un plan de ordenamiento territorial se le modifique su uso, de forma tal, que disminuya ostensiblemente su valor comercial. Una decisión de estas, claramente se encontraría amparada en el interés general, pero originaría un daño antijurídico derivado de una actuación legal de la administración.

Es posible materializar estas hipótesis, en un fallo condenatorio³⁵ que se profirió en razón a la expedición de un plan de ordenamiento territorial en el cual se incluyó dentro de lo que se denominó “zona verde municipal”, al predio de los demandantes. Esto implicó que el mismo sólo pudiera ser destinado, de ahí en adelante, para actividades de conservación, lo que generó que el inmueble propiedad de los demandantes sufriera una importante devaluación económica que fue la razón que los llevó a acudir a instancias judiciales.

El Consejo de Estado decidió este caso basando su postura en un pronunciamiento de la Corte Constitucional que señaló, en relación con el rompimiento de las cargas públicas por la modificación de los usos del suelo por la expedición de nuevos planes de ordenamiento

³⁴ Respecto a la confianza legítima consultar CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-131 de 19 de febrero de 2004*, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección B, *sentencia de 14 de febrero de 2018*, Exp. 25000-23-26-000-2004-01810-01(41329), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

territorial, que: “una modificación en materia de usos del suelo, aunque inmediatamente exigible, puede tener un impacto en el derecho de propiedad que, aunque no le permita al particular afectado oponerse a su cumplimiento, sí lo habilita para exigir una reparación cuando quiera que se cumplan las condiciones que den cuenta de la existencia de un daño antijurídico³⁶.”

En conclusión, de forma pacífica la jurisprudencia³⁷ ha sido clara en afirmar que el ejercicio de competencias normativas en temas relacionados con la regulación de los usos del suelo, como es el caso de la expedición de planes de ordenamiento territorial, no compromete por regla general la responsabilidad del Estado. No obstante, cuando se genera un impacto desproporcionado para el ejercicio del derecho a la propiedad con estos cambios normativos, existe la posibilidad de que se configure un daño antijurídico.

Tras el anterior planteamiento, es preciso analizar los supuestos de responsabilidad por imposiciones excesivas de cargas públicas, desde la perspectiva del núcleo esencial del derecho de propiedad y las consecuencias que acarrea su desconocimiento por parte de la administración.

4. Configuración de Responsabilidad por Imposición de Cargas Públicas: Desconocimiento del Núcleo Esencial del Derecho de Propiedad

La propiedad como función social en nuestro ordenamiento jurídico fue introducida desde 1936 con la reforma hecha a la Constitución de 1886, lo cual constituyó para la época un gran avance en la comprensión integral de este derecho, sin embargo, “el contexto socio-político de la época determinó que todas las miradas recayeran sobre la cláusula de la función social (“La propiedad es una función social que implica obligaciones” –artículo 10 párr. 2). las razones que llevaron a que el constituyente de 1936 incorporara la idea de la garantía, tomada del artículo 153 de la constitución de Weimar de 1919, pasaron desapercibidas para nuestra doctrina; entonces enfrascada en el inacabable y estéril debate sobre si la propiedad *es o tiene* función social.”³⁸

Es así, como en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia tuvo que pronunciarse en aquella época respecto de los límites que debían tener las cargas impuestas a la propiedad con el fin de no desconocer por completo este derecho con la excusa de la función social que constitucionalmente se le había impuesto.³⁹

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-192 de 2016*. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A, *sentencia del 26 de agosto de 2015*, Exp. 33113, C.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁸ SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR. “*Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana*”, Revista de Derecho Privado (0123-4366), no. 2, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2011, 236

³⁹ Al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 10 de agosto de 1954, Magistrado Ponente Néstor Pineda, Gaceta Judicial, Tomo 77 (1954-1955), mediante la cual se resalta que: “El propietario, según estas leyes, solo puede ser privado de su propiedad por causa de utilidad pública, pero esta

Con la vigencia de la Constitución de 1991, aunque en redacción no hubiera sido significativo el cambio, el nuevo escenario de un Estado social de derecho, con todo el impacto social, político y económico que esto significa, generó ciertamente un ambiente más apto para que la interpretación y aplicación del derecho de propiedad estuvieran enmarcadas en un contexto acorde con la intención del constituyente.⁴⁰

En este entendido la transcendencia de la propiedad, se desprende de su representación para la sociedad como medio de satisfacción de necesidades. Se espera de esta una productividad que beneficie tanto al titular del derecho como a la comunidad en general, lo que diferencia a la propiedad de otros derechos que se desarrollan en ambientes más individualistas.

Y aunque exista controversia respecto de si es o no un derecho fundamental, son muchos los factores que nos permiten determinar que en efecto tiene una posición privilegiada en nuestro ordenamiento jurídico. Esto, como resultado de su protagónico papel en la historia al permitir el desarrollo de ciudades, la productividad en el campo, brindar bienestar y generar recursos.

Aspectos estos que claramente no han pasados desapercibidos ni para la jurisprudencia interna ni mucho menos para el derecho comparado, en donde se le ha tratado al derecho a la propiedad como un verdadero derecho fundamental alejado de discusiones formalistas sobre su ubicación en la Constitución o si es procedente la tutela para hacer efectivo su reconocimiento.

A manera de ejemplo, el Consejo de Estado lo ha catalogado como derecho fundamental al referirse a la proporcionalidad en la intervención estatal del mismo, señalando que: "La legitimidad de la intervención del Estado en la propiedad se debe analizar a partir del llamado juicio de proporcionalidad, cuyos elementos le permiten al juez el análisis de la restricción del derecho fundamental de propiedad."⁴¹

Así mismo, el Tribunal Constitucional Español en una sentencia en la que analizó el tema de la expropiación igualmente se refiere a este como un derecho fundamental: "(...) el derecho de propiedad privada sacrificado por la expropiación goza, al igual que todos los derechos e intereses legítimos, de la cobertura de la tutela judicial establecida en el art. 24.1 de la Constitución. Por ello se hace inexcusable determinar en qué medida inciden en este derecho

debe ser legalmente justificada, y el propietario ha de ser satisfecho, no solo del valor de la cosa, sino también de los daños que se le sigan."

⁴⁰ En relación con este contexto de la propiedad Héctor Santaella Quintero señala que: "la constitución articula una figura por medio de la cual consigue la atribución y tutela de un ámbito de aprovechamiento privado sujeto a una función social y a un conjunto de intervenciones estatales que busca hacer operativo el contenido subjetivo inherente al derecho en un sistema de economía social de mercado y contribuir a la realización del Estado social de Derecho." SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR. "Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana", Revista de Derecho Privado (0123-4366), no. 2, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2011, 248

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 19 de mayo de 2012*, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 25000-23-26-000-1993-04137-01(21906).

fundamental las leyes expropiatorias y cuáles son las consecuencias constitucionales que se derivan de esa incidencia.”⁴²

Partiendo entonces de la base de que el derecho a la propiedad es en efecto un derecho fundamental, tal y como queda demostrado con el tratamiento jurisprudencial que ha tenido, es preciso enfocarnos en la teoría del núcleo esencial de este tipo de derechos con el propósito de analizar cuándo existe desconocimiento de ese núcleo en tratándose del derecho a la propiedad.

La Constitución de Weimar, permite el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales⁴³. Esta indica que tales derechos se describen como una esfera, que en su exterior puede ser afectada por interferencias de poder, pero su centro, es un núcleo duro y por lo tanto no puede ser obstruido por el poder. Ese interior se encuentra conformado por elementos esenciales, los cuales conforman su identidad; en consecuencia, es el núcleo esencial el que garantiza el objeto del derecho, lo que impide su desconocimiento.⁴⁴

De acuerdo con este esquema, tenemos entonces que los derechos fundamentales no son absolutos, y por el contrario pueden ser delimitados por el ordenamiento jurídico cuando se pretende proteger otro bien constitucional. Sin embargo, esa intervención en el contenido de estos derechos tiene un límite específico que lo determina ese aspecto sustancial que constituye la esencia misma del derecho.

A su paso, la Corte Constitucional ha señalado al respecto que “los criterios que sirven de apoyo para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, aunque no siempre proporcionan la solución definitiva, son principalmente dos: i) hacen parte del núcleo esencial las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría y, ii) integran el núcleo esas atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que al limitarlas el derecho fundamental se hace impracticable.”⁴⁵

Aunque esta teoría de origen doctrinal, ha sido ampliamente utilizada como fundamento para tomar importantes decisiones en cuanto al límite de afectación que puede sufrir un derecho, también es preciso indicar que ha sido objeto de críticas que señalan que los postulados que la integran en ocasiones pueden ser insuficientes debido a la relatividad de lo que se entiende por el contenido esencial.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha delimitado de forma clara el núcleo esencial del derecho a la propiedad, que es realmente el que nos incumbe para efectos del presente escrito, indicando que este es “el relativo al nivel mínimo de goce y disposición de un bien que

⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sala Plena. *Sentencia 45/2018, de 26 de abril de 2018*. Cuestión de inconstitucionalidad 818-2017

⁴³ Teoría desarrollada por Gerhard Anschutz y Richard Thoma. GOMEZ SERRANO, LAUREANO. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2009, 112

⁴⁴ GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1994, 226

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-756 de 30 de julio de 2008 M.P.*: Marco Gerardo Monroy Cabra.

permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad”⁴⁶

Bajo este supuesto, tenemos que es la función social de la propiedad la que sirve de fundamento para que el legislador pueda intervenir este derecho para limitar su ejercicio. Sin embargo, esa facultad se ve restringida al existir una protección a la propiedad, consistente en garantizar ese mínimo de goce y disposición que sobre el bien tiene el propietario y que le permiten obtener una utilidad económica.

Es más, ahondando en el tema de la utilidad económica y el alcance que pueden tener las intervenciones sobre este derecho, la doctrina ha especificado cuándo realmente existe un desconocimiento del núcleo esencial de la propiedad al indicar que: “la exclusión de una – entre varias– posibilidades de explotación posibles no representa infracción alguna de estos límites. Con todo, la propiedad debe seguir siendo rentable al propietario. Si bien pueden resultar válidas las restricciones que comportan una reducción de las utilidades de un bien o un derecho o la denegación de la posibilidad de aprovechamiento más rentable, la utilidad privada no puede desaparecer completamente. Una carga semejante no puede ser legítimamente impuesta a un propietario en virtud de la función social del derecho”⁴⁷.

Ese desconocimiento del contenido esencial de la propiedad, nos ubica nuevamente en el terreno de la responsabilidad del Estado. Cuando una afectación o limitación de un bien inmueble justificadas en el interés general, impiden una utilidad económica al propietario podrá acudir a instancias judiciales para solicitar los perjuicios que puedan causarse con la actuación lícita de la administración.

En este entendido, el Consejo de Estado ha presentado la siguiente hipótesis como una situación que puede presentarse y que debería ser resuelta a favor del demandante en caso de configurarse un daño antijurídico y demostrar los perjuicios:

Cuando “La afectación al interés general excede los límites de intervención pública sobre la propiedad privada que el ordenamiento jurídico considera como de obligatoria tolerancia en cabeza de los particulares, es decir se limita de manera absoluta y permanente el ejercicio del derecho de propiedad, lo que vacía de contenido su núcleo esencial.”⁴⁸

Bajo ese contexto, tenemos que cuando son desproporcionadas las cargas derivadas de la función social de la propiedad, al punto de desconocer el núcleo esencial de este derecho, se configura un daño antijurídico en cabeza del propietario. El Consejo de Estado ha indicado que en esta hipótesis los efectos de las decisiones administrativas, son expropiatorios.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-427 de 18 de agosto de 1998* M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Véase entre otras sentencias de esta misma Corporación: T-554 de 1998, C-204 de 2001, T-746 de 2001, C-491 de 2002 y C-1172 de 2004.

⁴⁷ SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR, *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia*, Tesis Universidad Autónoma de Madrid, 2010, 533.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 9 de mayo de 2012*, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 25000-23-26-000-1993-04137-01(21906).

Al respecto es preciso mencionar la sentencia del 17 de febrero de 1992, mediante la cual se condenó a la entidad demandada, en atención a que limitó de forma excesiva el derecho de propiedad del demandante al haber declarado su inmueble como Parque Nacional Natural, con lo cual se le impidió vender, gravar o explotar económicamente dicho bien. En esta ocasión concluyó el Consejo de Estado que: “bien puede asimilarse la actuación de la administración como una especie de expropiación del predio del actor y, por consiguiente, se impone en su favor un reconocimiento indemnizatorio, cuyo monto fue procesalmente establecido.”⁴⁹

En igual sentido, profirió el 25 de junio de 1992 sentencia condenatoria como resultado de una limitación impuesta por la entidad demandada sobre un predio, consistente en la prohibición de explotación agropecuaria de este, sin que se hubiera compensado a los propietarios por esa afectación. Indicando este alto tribunal que: “La situación que en este caso se presenta no difiere en mayor grado de la limitación de derechos que genera una ocupación permanente y por esta similitud estima la Sala que se le debe dar un tratamiento jurídico similar.”⁵⁰

Así pues, es posible concluir que existen dos tipos de alcances que pueden tener las afectaciones al interés general. De una parte, se presentan las afectaciones que a pesar de limitar el ejercicio del derecho de propiedad no tienen un alcance expropiatorio, por el contrario, respetan el contenido esencial de este derecho, siendo entonces lo procedente dentro de un proceso judicial valorar si la compensación dada por la administración es suficiente o debe reconocerse algún monto adicional, o en caso de que no se hubiera hecho ningún tipo de compensación proceder a reconocer los perjuicios debidamente probados.

Y de otra parte encontramos las afectaciones que desconocen ese núcleo esencial del derecho de propiedad, porque como se indicó en líneas anteriores, se limita de forma tal el derecho que se hace impracticable. En este escenario, en el que los efectos son expropiatorios la indemnización para el propietario estará sujeta a la aplicación del artículo 191 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente y teniendo en cuenta lo descrito hasta este punto, podemos afirmar que constitucionalmente están permitidas las limitaciones al derecho de propiedad, las cuales pueden ser a través de la ocupación material de un bien inmueble privado, mediante el despojo al propietario de la posesión material del bien, o bien sea haciendo uso de los diferentes tipos de afectaciones que restrinjan su ejercicio.

Lo importante es que siempre debe reconocérsele una compensación al propietario por las limitaciones o afectaciones que se le causen al bien, pues aunque exista a su cargo una

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, *sentencia del 17 de febrero de 1992*, Exp. 6643, C. P. Daniel Suárez Hernández.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, *sentencia del 25 de junio de 1992*, Exp. 6974, C.P. Daniel Suárez Hernández.

función social y ecológica, deberá respetarse la propiedad privada como el derecho fundamental que es y como uno de los pilares esenciales en nuestro desarrollo actual.

De esta forma, y tras haber hecho un recuento normativo y jurisprudencial respecto a la configuración del daño especial durante el proceso de planificación de la ciudad, específicamente en relación con las cargas impuestas a los propietarios, es preciso concluir el presente escrito analizando cómo la ciudad y su dinámica pueden convertirse en una fuente de responsabilidad estatal.

Conclusión: La Ciudad Escenario de Responsabilidad Civil Extracontractual poco Explorado

La ciudad ha tenido un importante papel protagónico en todo el proceso de transformación que hemos atravesado como sociedad. Esta, como espacio geográfico ha dado lugar a la convergencia de diferentes escenarios históricos los cuales han permitido el reconocimiento de derechos fundamentales inherentes a nuestra condición humana, pero también han sido la causa del nacimiento de cargas y obligaciones propias de la convivencia en multitud.

Es por eso, que resulta importante mencionar parte de ese proceso de crecimiento y expansión que atravesó la ciudad, siendo la principal causa de esto, el paso de una economía rural basada en la agricultura, a una economía industrializada de carácter urbano. La migración masiva de población hacia las ciudades durante la industrialización, generó la consolidación de importantes asentamientos humanos que debido a la falta de planeación y organización, debieron enfrentar complejas situaciones de índole social, económico y ambiental.⁵¹

Es así como se construyeron barrios de obreros mal estructurados y con escasos equipamientos, lo que confluía a que se convirtieran en focos de marginalidad y conflictividad social. Así mismo, debieron enfrentar crisis higiénicas debido a la imposibilidad de eliminar las grandes cantidades de desperdicios que se acumulaban, al tiempo que debían soportar la contaminación generada por las numerosas fábricas que se construían entre las casas sin una organización que delimitara espacios.⁵²

Debido a este desorden, y en parte motivado por la burguesía que pretendía establecer zonas especiales para vivir de forma tranquila y alejados del proletariado, comienzan a generarse importantes cambios y reestructuraciones con el fin de ampliar las ciudades y crear nuevos espacios de convivencia indispensable para el desplazamiento y la dispersión de los ciudadanos.

Este proceso, también se replicó en América Latina en donde se le denominó crisis urbana, debido a la concentración de problemas como “los déficit de vivienda, de servicios sociales

⁵¹ RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. Ob. Cit., 11

⁵² BENÉVOLO, LEONARDO. *Leonardo Benevolo: Le origini dell'urbanistica moderna*, Laterza, Bari 1963 (versión castellana Orígenes del urbanismo moderno Celeste), Madrid, 1992, 40.

básicos y de transporte que, unidos a la falta de estructuración urbana, a la congestión, a la contaminación ambiental y especialmente a la situación del empleo configuran el cuadro de la llamada crisis urbana”⁵³

Es así como este cúmulo de dificultades, obligan a repensar la ciudad, su importancia, su planeación y organización como centros urbanos que permiten agrupar no solo construcciones físicas, sino todo el andamiaje que trae consigo la vida en sociedad. Motivo este para que comience a trascender el concepto de urbanismo, pues este ya “no es solo un intento de representar en forma visual esas alternativas, traduciendo sus instancias en organización de los espacios, sino que además se ubica de manera concreta como uno de los factores que colaboran en una construcción de comunidad democrática.”⁵⁴

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico también atravesó por un largo proceso de evolución normativa para adecuar la organización de sus ciudades. Desde la época precolombina existe urbanismo en el territorio nacional, sin embargo tal y como lo indica Fernando Galvis Gaitán, es en la colonia en donde mediante las Ordenanzas de descubrimiento y nueva población, comienzan a fundarse ciudades en tierras fértiles, teniendo como centro de partida una plaza central.⁵⁵

Tras la independencia, y ante la ausencia de normatividad que sustituyera la española, el Código Civil entra a regular algunos aspectos importantes encaminados “principalmente a limitar el derecho de propiedad inmobiliaria de los particulares, para efectos de protección del espacio público y el establecimiento de servidumbres a favor de predios colindantes.”⁵⁶

No obstante lo anterior, este código nunca pretendió reemplazar lo que debía contenerse en un verdadero estatuto de planeación y desarrollo urbano, por lo que tras muchos años de propuestas y debates finalmente se expidió la Ley 9 en 1989, denominada como la ley de reforma urbana, sentando un precedente determinante para la planificación de las ciudades.

Esta ley introdujo importantes cambios al regular la planificación del desarrollo municipal, el espacio público, la expropiación, las licencias y sanciones urbanísticas, entre otros temas. Este, fue el preámbulo para la Constitución de 1991, la cual incluyó disposiciones muy concretas relacionadas con la organización física del territorio, entre las que se encuentra el reconocimiento del municipio como una entidad fundamental en la división política y administrativa del Estado, correspondiéndole construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio y promover el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, en cuanto a temas relacionados con la planeación se refiere⁵⁷.

⁵³ GATICA, FERNANDO. *La urbanización en América Latina: aspectos espaciales y demográficos del crecimiento urbano y de la concentración de la población*, Unidad Central del Programa de Investigaciones Sociales sobre los problemas de población relevantes para políticas de población en América Latina, 9-10.

⁵⁴ BENÉVOLO, LEONARDO. Ob. Cit., 55

⁵⁵ GALVIS GAITÁN, FERNANDO. *El municipio colombiano*, 4ª ed., Bogotá, Temis S.A., 2007, 114

⁵⁶ ARBOUIN-GÓMEZ, FELIPE. *Derecho urbanístico y desarrollo territorial colombiano. Evolución desde la colonia hasta nuestros días*, 124 *Vniversitas*, 2012, 17-42

⁵⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, *Artículo 11*, 1991.

Dentro de este contexto normativo, y con el ánimo de regular el ordenamiento territorial⁵⁸ para permitir un crecimiento sistemático de las ciudades, se expide la Ley 388 de 1997. Esta, tuvo como principal propósito dotar a las entidades públicas locales se una serie de herramientas, que además de afianzar la autonomía territorial ya reconocida, las facultó para llevar a cabo un adecuado uso, aprovechamiento y distribución del suelo, sin dejar de lado la defensa del patrimonio ecológico y cultural, además de la función social de la propiedad.⁵⁹

El instrumento de mayor transcendencia implementado por esta ley, sin lugar a dudas es el Plan de Ordenamiento Territorial, en atención a las múltiples facultades que a través de este pueden materializar los municipios. Los planes permiten determinar el crecimiento de la ciudad y sus límites, establecen las afectaciones históricas, arquitectónicas o ambientales que deben imponérsele a cierto tipo de inmuebles, además de determinar la ocupación, aprovechamiento y manejo del suelo.

Bajo este escenario retomamos nuevamente la responsabilidad civil extracontractual del Estado, pues es a partir de decisiones administrativas tomadas a través de estos instrumentos de planeación y organización territorial, que se gesta la posible responsabilidad originada en actuaciones lícitas del Estado, pero con consecuencias lesivas para algunos ciudadanos.

Tal y como se ha desarrollado a lo largo de este escrito, y con el ánimo de concluir este aspecto, la jurisprudencia⁶⁰ básicamente condensa el estudio de la responsabilidad estatal por daños y perjuicios causado con ocasión a la afectación o limitación de la propiedad, en las siguientes posibles hipótesis.

La ocupación temporal o permanente de un inmueble, ha sido reconocida como una justa causa para acudir a instancias judiciales, pues representa una de las formas de limitación del derecho a la propiedad más intensa, al impedir su ejercicio y de paso desconocer su núcleo esencial. Así pues, con el fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor del Estado, “de allí que la condena debe cubrir como primera medida el valor del predio o de la porción ocupada, pero además que la sentencia tenga los efectos de un título traslativo del dominio

⁵⁸ En relación con la confusión existente entre la concepción de ordenamiento territorial originada en la Constitución de 1991 y la que trae consigo la Ley 388 de 1997, Pedro Pablo Morcillo indica que: “Desarrollo territorial fue el término usado por la ley 388 de 1997 para reformar la ley 9ª de 1989, sobre reforma urbana, y titular su texto legal. Así se habría podido emplear, si no hubiera sido por el término ordenamiento territorial con el cual denominó la misma ley una serie de instituciones urbanísticas que creó y de referencias legales que hizo. (...) Entonces la misma ley se encargó de crear confusión entre ordenamiento territorial –según la Carta, de sentido político-administrativo (art. 288)- y el ordenamiento territorial, de sentido urbanístico, de la ley 388. Este quedó en nuestro lenguaje profesional, ya de imposible modificación o corrección. Actualmente, se usa indistintamente el término con las dos acepciones” MORCILLO, PEDRO PABLO. *Derecho urbanístico colombiano – Historia, normativa y gestión*, Bogotá, Temis S.A., 2007, 125 y 126.

⁵⁹ Ley 388 de 1997. Artículo 1

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, *sentencia del 26 de agosto de 2015*, Exp. 33113, C.P. Hernán Andrade Rincón.

a favor de la entidad condenada, como lo indica el artículo 220 del CCA –hoy 191 CPACA.”⁶¹

Otra hipótesis se presenta cuando se producen daños a propietarios como consecuencia de la realización de obras públicas. Dentro de estos casos, es recurrente observar aquellos relacionados con obras viales como la construcción de puentes por ejemplo, en donde a pesar de generarse una importante opción para la descongestión vial que beneficia a todo un conglomerado, pueden surgir daños para los propietarios de predios aledaños a las obras por temas de devaluación de inmuebles, ruido, contaminación, pérdida de visibilidad, entre otros.

En esta misma línea se encuentran las limitaciones que por su intensidad, impiden que el propietario pueda disponer de su bien, en otras palabras, cuando una actuación administrativa se derive la imposibilidad para el propietario de ejercer su derecho, es decir, de realizar las conductas que le permitan desarrollar las facultades de uso y disposición respecto de su derecho de propiedad.⁶²

Este es el típico caso de la declaratoria de un inmueble como parque nacional natural lo cual de inmediato impide vender, gravar o explotar económicamente el bien afectado, motivo por el cual se afirma que estas decisiones administrativas tienen efectos expropiatorios. En este tipo de limitaciones, el análisis de responsabilidad tiene como punto de partida el núcleo esencial del derecho a la propiedad, es decir, se debe verificar si se impide la utilidad económica al propietario.

También encontramos afectaciones al interés general que a pesar de las limitaciones que imponen a los inmuebles, mantienen la titularidad del bien. Así pues existen diferentes tipos de afectaciones que a pesar de su declaratoria, permiten mantener incólume el núcleo esencial del derecho a la propiedad. Estas pueden ser de tipo urbano, cultural, histórico, arquitectónico, ambiental, entre otros.

Finalmente, es posible encontrar responsabilidad del Estado por la reglamentación general de los usos del suelo, respecto a lo cual se ha precisado que en tratándose de la gestión del territorio, en principio no hay lugar a la configuración de daños, sin embargo, esta hipótesis tiene un importante margen de creación de responsabilidad estatal, pues a través de las diferentes herramientas de planeación es posible generar afectaciones, especialmente relacionados con el cambio en el uso del suelo, que sin la debida compensación desequilibran las cargas públicas.

Es este último supuesto el que conduce a las conclusiones de este escrito, con las que se pretende dar respuesta a un interrogante generado a partir del análisis jurisprudencial y normativo hecho hasta este punto, ¿existe un criterio unánime que identifique con claridad las condiciones necesarias para declarar la configuración de un daño antijurídico derivado de la planeación de ciudad?

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² *Ibíd.*

Por regla general, los operadores judiciales coinciden en afirmar que las afectaciones a la propiedad privada deben ser soportadas y acatadas de forma inmediata, apelando a su función social y ecológica. Así pues, los propietarios deben asumir las consecuencias de esas cargas derivadas de decisiones administrativas que gozan de presunción de legalidad.

Aunque, debe tenerse en cuenta que esas limitaciones impuestas deben compensarse con el fin de mantener equilibradas las carga públicas. Por lo tanto, deberá acudir en primer lugar a las normas que regulan algunos tipos de compensaciones, y en caso de que el asunto concreto no encuentre resarcimiento legal en ellas, le corresponderá al juez verificar si la administración reconoció alguna y en su defecto establecerla de acuerdo a lo probado durante el proceso.

Hasta este punto, básicamente hay una concordancia jurisprudencial de la que se concluye que ante el quebrantamiento del equilibrio de las cargas públicas puede generarse un daño especial que deberá indemnizarse. Sin embargo, dentro de toda la casuística que genera el tema de la planeación de ciudad, es posible encontrar posturas que llaman la atención por la interpretación sobre las cargas públicas, implementan en sus fallos.

Es así como pueden observarse fallos del Consejo de Estado, relacionados específicamente con demandas que tienen como sustento fáctico daños generados por cambios en el uso del suelo que se originan en planes de ordenamiento territorial y en las demás herramientas de planeación, en los que se han denegado las pretensiones al considerar que no está acreditado el daño antijurídico.⁶³

Aunque es cierto que cada caso tiene sus matices y su análisis es individual, en estos casos se demostraron daños como la devaluación de predios en un alto porcentaje o la imposibilidad de construir proyectos de viviendas a futuro, y son denegadas las pretensiones bajo el argumento principal de que este tipo de afectaciones deben soportarse debido a la función social que cumple la propiedad.

Y en principio, ese sustento argumentativo es válido en el entendido que la propiedad privada, como bien se ha explicado, no es un derecho absoluto al haberse limitado su ejercicio mediante la función social y ecológica impuesta al mismo. Sin embargo, una cosa es tener la obligación de cumplir con las afectaciones y limitaciones impuestas, y otra muy distinta es hacerlo sin recibir compensación alguna por parte de la administración.

Por su concordancia con esta afirmación, es preciso traer a colación nuevamente el artículo 38 de la Ley 388 de 1997, relativo al reparto equitativo de cargas y beneficios, el cual ordena que: “En desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los planes

⁶³ Ver CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, *sentencia del 26 de agosto de 2015*, Exp. 33113, C.P. Hernán Andrade Rincón. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, *sentencia del 4 de junio de 2019*, Exp. 43758, C.P. Alberto Montaña Plata. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, *sentencia del 9 de julio de 2018*, Exp. 43588, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollen deberán establecer mecanismos que garanticen el reparto equitativo de las cargas y los beneficios derivados del ordenamiento urbano entre los respectivos afectados.”

Así pues, la observación que se plantea en cuanto a los casos en los que se niegan las pretensiones relacionadas con daños causados por los cambios en el uso del suelo, va encaminada a que debe analizarse si la administración compensó de manera adecuada al propietario por las afectaciones causadas a su propiedad, y en caso de que no se hubiera hecho proceder a establecerla. Y no al hecho de que deba soportarse el daño por la legitimidad que tiene el Estado para intervenir la propiedad, pues esta discusión ya está decantada.

En este aspecto, vale la pena también indicar que no todos los cambios en el uso del suelo generan un daño, por el contrario muchos de estos traen consigo importantes beneficios para los propietarios como la valorización de sus propiedades. Y en estos casos, en los que el particular ve aumentado el valor de su patrimonio por la actuación urbanística del Estado a través de los POT, el propietario está obligado a pagar plusvalía⁶⁴ por el aumento del valor de su propiedad inmobiliaria.

Entonces, no tendría lógica que cuando esa misma actuación de planeación genera daños o minusvalía en la propiedad inmobiliaria, no se pueda esperar una compensación por parte del Estado, pues así como participa de las ganancias debe compensar en las pérdidas.

De hecho, si se acude a la regulación contenida en el Decreto 1420 de 1998⁶⁵ y la Resolución 620 de 2008 del IGAC⁶⁶, uno de los factores esenciales a tener en cuenta para efectos de analizar el valor de la propiedad inmobiliaria, lo es la regulación normativa urbanística del sector donde se encuentra ubicado el inmueble y su potencial de desarrollo.

Si bien la regulación del suelo es asunto de interés público y por ende se enmarca en la función social de la propiedad, ello no quiere decir que por esta situación se pueda abstraer de la causación de daños antijurídicos, máxime cuando la actuación urbanística es fuente de plusvalía y minusvalía de la propiedad inmobiliaria.

Respecto a este punto, se puede concluir entonces que el cambio, afectación o regulación del uso del suelo es un mecanismo para generar un amplio margen de afectaciones económicas, dentro de las que debe incluirse la devaluación de la propiedad, que pueden llegar a romper el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

⁶⁴ Ver Artículo 73 y siguientes de la Ley 388 de 1997.

⁶⁵ “Artículo 21. Los siguientes parámetros se tendrán en cuenta en la determinación del valor comercial: 1. La reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la realización del avalúo en relación con el inmueble objeto del mismo. (...)”

⁶⁶ “Artículo 8. En el aspecto legal se debe prestar especial atención a las afectaciones de uso que pesen sobre los inmuebles y para lo cual es necesario verificar que en el folio de matrícula inmobiliaria se encuentre inscrita tal afectación, teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 37 de la Ley 9a. de 1989, así como a los plazos de validez de la afectación. En caso de no estar inscrita la afectación, se considera inexistente para efectos del avalúo. (...)”

Todas estas afirmaciones, permiten deducir la alta probabilidad que existe de generar daños a través de la creación y planeación de ciudad, pues así como la ley y la jurisprudencia han determinado que este tipo de regulaciones son cambiantes debido a la constante evolución urbana cada vez más exigente, al otro lado encontramos al ciudadano propietario quien a pesar de tener que cumplir con la decisión urbanística que afecte su propiedad, también tiene que verse beneficiado o compensado de forma equilibrada.

Aunado a esto, de la jurisprudencia citada a lo largo de este escrito, es posible evidenciar que son pocos los casos que llegan a la jurisdicción contenciosa administrativa, que cuentan con una compensación previa por parte de la entidad que generó la afectación al inmueble. Este aspecto llama la atención por cuanto la ley prevee una serie de tarifas y medidas compensatorias como disminuciones o exenciones tributarias, estratificaciones especiales en materia de servicios públicos, entre otras, que en muchos casos no están siendo aplicadas por la administración, desplazando esa carga al juez quien finalmente es el llamado a equilibrar las cargas.

Así pues, es necesario que el Estado imponga a sus ciudadanos límites en el ejercicio de su derecho a la propiedad, amparado en el necesario desarrollo del suelo como componente vital de la vida en sociedad. Y durante este proceso, existen múltiples posibilidades de crear daños que por su envergadura deben ser resarcidos para tratar de mantener una igualdad material frente a las cargas públicas.

No obstante lo anterior y a modo de reflexión, cabe preguntarnos si esas limitaciones a la propiedad se encuentran legitimadas en la realidad de nuestras ciudades, pues estas se perciben caóticas, desordenadas, clasistas y desconsideradas con el medio ambiente. Lo que demuestra que la idea de progreso y bienestar que justifica la planeación de ciudad con sus implicaciones especialmente para los propietarios, no siempre logra su cometido.

Bibliografía

ALFONSO R., OSCAR A. “*¿No hay suelo gratis! un aporte desde la economía institucional urbana al desarrollo del principio de reparto equitativo de cargas y beneficios de la urbanización*”, en Revista Economía del Caribe No. 2, Barranquilla, Universidad del Norte, 2008.

ARBOUIN-GÓMEZ, FELIPE. *Derecho urbanístico y desarrollo territorial colombiano. Evolución desde la colonia hasta nuestros días*, 124 Vniversitas, 2012.

BENÉVOLO, LEONARDO. *Leonardo Benevolo: Le origini dell’urbanistica moderna*, Laterza, Bari 1963 (versión castellana Orígenes del urbanismo moderno Celeste), Madrid, 1992.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, *sentencia del 4 de junio de 2019*, Exp. 43758, C.P. Alberto Montaña Plata.

_____. Sección Tercera, *sentencia del 9 de julio de 2018*, Exp. 43588, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 16 de agosto de 2018*. M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 37719

_____. Sección Tercera, Subsección B, *sentencia de 14 de febrero de 2018*, Exp. 25000-23-26-000-2004-01810-01(41329), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 10 de noviembre de 2016*, M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 68001-23-15-000-1998-01175-01(34091).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 26 de agosto de 2015*, M.P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 33113.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. *Sentencia del 31 de julio de 2014*. M.P.: María Claudia Rojas Lasso, exp. 25000-23-24-000-2007-00235-02.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. *Auto 624 del 27 de marzo de 2014*, Expediente No. 2013-00624-00.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 9 de mayo de 2012*, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 25000-23-26-000-1993-04137-01(21906).

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 13 de julio de 1993*, M.P.: Juan De Dios Montes Hernández, exp. 8163.

_____. Sección Tercera, *sentencia del 17 de febrero de 1992*, Exp. 6643, C.P. Daniel Suárez Hernández.

_____. Sección Tercera, *sentencia del 25 de junio de 1992*, Exp. 6974, C.P. Daniel Suárez Hernández.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *Sentencia de 30 de enero de 1987*, exp.4493.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-192 de 2016*. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____. *Sentencia C-756 de 2008*. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. *Sentencia C-1172 de 2004.*

_____. *Sentencia C-131 de 2004.* M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

_____. *Sentencia C-491 de 2002.*

_____. *Sentencia C-204 de 2001.*

_____. *Sentencia C-333 de 1996.* M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

_____. *Sentencia T-746 de 2001.*

_____. *Sentencia T-427 de 1998.* M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

_____. *Sentencia T-554 de 1998.*

_____. *Sentencia T-422 de 1993.* M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia de 10 de agosto de 1954*, M.P. Néstor Pineda, Gaceta Judicial, Tomo 77 (1954-1955)

DECRETO 829 DE 2018.

DECRETO 070 DE 2015.

DECRETO 877 DE 1976.

DECRETO 2811 DE 1974.

DECRETO DISTRITAL 560 DE 2018.

DECRETO DISTRITAL 595 DE 2017.

DECRETO DISTRITAL 364 DE 2013.

DECRETO DISTRITAL 190 DEL 2004.

GALVIS GAITÁN, FERNANDO. *El municipio colombiano*, 4ª ed., Bogotá, Temis S.A., 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, ed. 10ª, t. I.

GATICA, FERNANDO. *La urbanización en América Latina: aspectos espaciales y demográficos del crecimiento urbano y de la concentración de la población*, Unidad Central del Programa de Investigaciones Sociales sobre los problemas de población relevantes para políticas de población en América Latina.

GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.1994.

GÓMEZ SERRANO, LAUREANO. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2009.

LEY 388 DE 1997

MACERA, BERNARD-FRANK. "Examen de algunos casos indemnizatorios no contemplados por la legislación urbanística. Análisis jurisprudencial"; en Revista de Administración Pública No. 166, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005.

MORCILLO, PEDRO PABLO. *Derecho urbanístico colombiano – Historia, normativa y gestión*, Bogotá, Temis S.A., 2007.

PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN. "La relativización del derecho de propiedad en Colombia"; en Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales No. 26, Ciudad de México, Universidad de Monterrey, 2017.

RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. "Planes de ordenamiento territorial, propiedad y medio ambiente", Bogotá D.C., Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012.

SANTAELLA QUINTERO, HÉCTOR. *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia*, Tesis Universidad Autónoma de Madrid, 2010.

_____. "Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana", Revista de Derecho Privado (0123-4366), no. 2, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sala Plena. *Sentencia 45/2018, de 26 de abril de 2018*. Cuestión de inconstitucionalidad 818-2017