

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

**EL IUS AEDIFICANDI Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD
PRIVADA**



MONOGRAFÍA JURÍDICA

**Presentado para optar al título de
ABOGADO**

**Presentada por:
MARÍA CAMILA PIEDRAHITA TOVAR**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA
2015**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

**EL IUS AEDIFICANDI Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD
PRIVADA**



**Presentado para optar al título de
ABOGADO**

**Director
FELIPE ARBOUIN GÓMEZ**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA
2015**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

- 1. Introducción.**
- 2. Introducción al derecho de propiedad.**
 - Concepto y sus poderes derivados.
 - Mutación del derecho de propiedad a través de su historia.
- 3. El Ius Aedificandi.**
 - 3.1. Concepto.
 - 3.2. Modificaciones en el tiempo.
- 4. El Derecho Urbanístico y el Ius Aedificandi.**
 - 4.1. Concepto y objetivos del derecho urbanístico.
 - 4.2. El derecho urbanístico como limitación desde la normatividad y su aplicación.
 - 4.3. El derecho urbanístico como la verdadera fuente del Ius Aedificandi.
 - Licencias urbanísticas.
- 5. Naturaleza Jurídica del Ius Aedificandi.**
 - 5.1. Como derecho derivado del poder de disposición del propietario.
 - 5.2. Como limitación a la propiedad.
 - 5.3. Como elemento ajeno al derecho de dominio.
- 6. Conclusiones.**
- 7. Bibliografía.**

RESUMEN:

Durante mucho tiempo, el Ius Aedificandi ha sido íntimamente relacionado con el derecho de propiedad privada, bajo el concepto de que su naturaleza jurídica se desprende del poder de disposición que se deriva del derecho real por excelencia.

Con el presente proyecto de monografía jurídica, se pretende analizar la óptica del derecho de propiedad inmobiliaria desde el derecho urbanístico, identificando hasta qué punto el Ius Aedificandi sigue siendo derecho del propietario, derivado de la disposición que le concede el derecho de propiedad sobre su predio y cómo las normas urbanísticas pueden transformar dicho concepto limitándolo o condicionándolo por medio de la expedición de licencias urbanísticas y otras figuras establecidas en la Ley.

Así mismo se pretende demostrar los cambios en la concepción y materialización del derecho de propiedad y el Ius Aedificandi, con la entrada de la regulación urbanística, cuyas disposiciones terminan interfiriendo, no sólo en la naturaleza jurídica y la aplicación de ambos conceptos jurídicos, sino también en la conexidad entre el derecho de propiedad y el Ius Aedificandi, generando cuestionamientos alrededor de la verdadera fuente de existencia del derecho a edificar.

PALABRAS CLAVES: Derecho Urbanístico, Derecho Civil, Derecho de Propiedad, Ius Aedificandi, derecho a edificar, licencias urbanísticas.

ABSTRACT:

For a long time, the Ius Aedificandi has been closely related to the right to private property, under the concept that his legal status is clear from the available power that derives from the property right.

The intention of this legal monography, is to analyze the perspective of the property right from the urban law, identifying how much the Ius Aedificandi actually remains like an owner's right, arising from the provision that grants the right to the owner of

private land and how urban planning rules can change private property concepts, transforming, limiting or conditioning it, depending on urban planning permissions and other figures established by law.

It also aims to demonstrate the changes in the conception and realization of the private property right and the Ius Aedificandi, with the entry of urban planning regulations, provisions that starts interfering not only in the legal nature and application of the two legal concepts, but also the connectedness between property rights and the Ius Aedificandi, generating questions about the true source of existence of the right to build.

KEY WORDS: Urban Law, Civil Law, private property, Ius Aedificandi, urban planning permissions.

EL IUS AEDIFICANDI Y SU RELACIÓN CON LA PROPIEDAD PRIVADA.

1. Introducción.-

Con el presente proyecto de monografía jurídica, se pretende analizar la óptica del derecho de propiedad inmobiliaria desde el derecho urbanístico, identificando hasta qué punto el Ius Aedificandi es un derecho del propietario, derivado de la disposición que le concede el derecho de propiedad sobre su predio y cómo las normas urbanísticas pueden transformar dicho concepto limitándolo o condicionándolo por medio de la expedición de licencias urbanísticas y otras figuras establecidas en la Ley.

Para lograr un estudio detallado del Ius Aedificandi y los cambios en su relación con la propiedad privada, es necesario estudiarlo a la luz de dos ramas del derecho: 1. El Derecho Civil y 2. El Derecho Urbanístico, las cuales se convertirán a lo largo del texto, en las herramientas claves para determinar cuál es la naturaleza jurídica y la aplicación actual del derecho a edificar y el derecho de propiedad.

Lo anterior, teniendo en cuenta por un lado la perspectiva privatista en donde el derecho de propiedad y el Ius Aedificandi están íntimamente conectados, convirtiéndose el derecho a edificar en un poder derivado del derecho de propiedad. Y por otro lado la perspectiva urbanística, en donde se estudiarán dos formas diferentes de ver y explicar el Ius Aedificandi y su naturaleza jurídica bajo la lupa de la normativa del derecho urbanístico, la cual se impone frente a la perspectiva clásica del derecho de

propiedad, logrando modificar la explicación de la existencia y la aplicación del derecho a edificar.

Es así como el estudio de los dos conceptos escogidos, originalmente considerados de derecho privado, se verán subordinados y condicionados por el derecho urbanístico, específicamente por medio de sus elementos, objetivos y la aplicación de su regulación. Demostrando que a través del tiempo conceptos meramente civiles, han ido mutando gracias a la interferencia de diversas regulaciones, como la urbanística, que han abierto la posibilidad de reubicar temáticas como la del derecho de propiedad y el Ius Aedificandi, en concordancia con las exigencias de la vida en comunidad actual, como lo es la organización adecuada del territorio.

Se empezará por mirar el derecho de propiedad como concepto de Derecho Civil, es decir, un concepto desde su estado más natural en donde el titular del derecho real de propiedad tiene además del derecho mismo, otros poderes que se desprenden del derecho a disponer de lo que se es dueño. Bajo ésta misma línea, el análisis se centrará de manera especial en el Ius Aedificandi, describiéndolo en sentido clásico, como un ejemplo claro de un poder derivado del derecho de propiedad.

Luego se tomará al derecho de propiedad en su significado clásico y se analizará bajo las normas urbanísticas. Mediante ésta perspectiva, se demostrará como el concepto del derecho de propiedad ha cambiado en su concepción y su aplicación por quienes lo ostentan y como los elementos limitantes del derecho urbanístico, han generado que la naturaleza jurídica y la materialización de cada uno de los elementos que componen éste derecho real, como el Ius Aedificandi, terminan no dependiendo del derecho de

propiedad como tal, sino del cumplimiento de las disposiciones urbanísticas aplicadas sobre suelo urbanizable y construible.

De esta manera, se podrá llegar a una conclusión referente a la investigación, en donde a la luz de la doctrina, la jurisprudencia y la Ley, se podrán identificar los elementos de mayor importancia para reconocer si efectivamente, el Ius Aedificandi es en la actualidad un poder derivado de la propiedad privada; o si su naturaleza jurídica no corresponde a un poder inherente al derecho de propiedad y la libre disposición del propietario, sino más bien, es una actuación sobre el suelo urbanizable y construible propio, que depende de las limitaciones impuestas por las normas urbanísticas, las cuales terminan siendo una restricción obligatoria para ejercer los poderes derivados del derecho real referido; o si por el contrario, el Ius Aedificandi no tiene su sustento en el derecho de propiedad ni en sus limitaciones y más bien termina teniendo sus raíces dentro del derecho urbanístico.

La justificación del presente trabajo se encuentra ligada a demostrar la verdadera importancia del derecho urbanístico frente al Derecho Civil actual, mostrando un ejemplo claro de cómo conceptos de derecho privado pueden verse modificados por el derecho urbanístico.

En el caso en concreto, se pretende analizar cómo los cambios en la concepción y materialización del derecho de propiedad y el Ius Aedificandi, se ven reflejados en la regulación urbanística, cuyas disposiciones terminan interfiriendo, no sólo en la naturaleza jurídica y la aplicación de ambos conceptos jurídicos, sino también en la conexidad entre el derecho de propiedad y el Ius Aedificandi, generando

cuestionamientos alrededor de la verdadera fuente de existencia del derecho a edificar, teniendo como principal argumento el derecho urbanístico, el cual se impone sobre la verdadera aplicación de los poderes de disposición del propietario.

2. Introducción al Derecho de Propiedad.-

2.1. Concepto, poderes derivados y antecedentes.

El derecho de propiedad o de dominio, es el derecho real por excelencia que se puede tener sobre una cosa; éste derecho le otorga a su titular diferentes facultades o poderes derivados, que le permiten desenvolverse como señor y dueño¹ del bien sobre el cual recae.

El escritor Alfonso Barragán define el derecho de propiedad diciendo:

“Es un derecho pleno y general, que implica el más amplio poder sobre cosas o bienes corporales o incorporales, singulares y específicamente determinados, poder que está integrado por un conjunto de facultades radicadas en cabeza de su titular, aunque transitoriamente puedan estar siendo ejercidas por otra persona y que rechazan del ámbito de su ejercicio toda intervención extraña.”²

Los elementos o poderes derivados que componen el núcleo del derecho de propiedad son: el poder de usar, el poder de gozar y el poder de disposición, los cuales son ejercidos por regla general, por el titular del derecho real de propiedad sobre el bien en el que recae.

¹ BARRAGÁN, Alfonso: Derechos reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 60.

² BARRAGÁN, Alfonso. Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 57.

Las características más importantes del derecho de propiedad, van desde ser un derecho autónomo, hasta ser catalogado como perpetuo, exclusivo y absoluto. Debe dejarse claro, que cada una de esas características tienen diferentes matices dependiendo de cómo se dé la materialización del derecho, sobre todo respecto a la característica de derecho absoluto han existido cambios definitivos para el ejercicio de la propiedad que se desarrollarán más adelante.

Aunque el derecho de propiedad parece ser un concepto básico y fácil de explicar dentro del derecho civil, la verdad es que su contenido, su naturaleza jurídica y su materialización en la actualidad, lo hacen ser un concepto que no puede ser definido de manera absoluta, pues a medida que las sociedades se han ido desarrollando, el derecho de las personas de hacerse dueños del suelo, ha tenido no sólo diferentes percepciones sino diferentes aplicaciones, que dependen de las limitaciones que se impongan a la forma de ejercer el derecho de propiedad en diferentes épocas de la historia.

Cabe resaltar que para el interés de la presente monografía, toda la explicación y el contenido del derecho de propiedad deberá estar íntimamente ligado a la propiedad del suelo, puesto que es precisamente sobre suelos susceptibles de ser urbanizables y construibles, en donde se le da vida al Ius Aedificandi, en los cuales recae toda la aplicación del derecho urbanístico.

Sobre el derecho de propiedad, se ha hablado desde la perspectiva del derecho natural, pasando por los conceptos del derecho romano, la edad media y la Revolución Francesa. Lo cual demuestra que es un concepto que durante siglos se ha ido

desarrollando con los aportes del derecho civil y en la actualidad de otras ramas del derecho como lo es el urbanístico.

El concepto de propiedad, tiene su consagración más antigua en el derecho natural, en donde a pesar de no ser un derecho de propiedad individual, si se consideraba como un derecho que estaba en cabeza de todos los individuos y sobre bienes o cosas que necesita el hombre en general, para satisfacer sus necesidades impuestas por la vida en sociedad.

Bajo éste entendido, el derecho de propiedad se deriva de la misma naturaleza del hombre y es así como se concibe un concepto de propiedad colectiva en donde todos los individuos, en razón de sus necesidades³ se apropian de diferentes bienes incluido el suelo.

El concepto colectivo de la propiedad es utilizado en Roma y en el imperio egipcio entre otros. Es importante resaltar, dentro de la historia del derecho de propiedad, al imperio romano por ser la cuna del derecho civil.

En el derecho romano, el derecho de propiedad le otorgaba al pater familia, en representación de su núcleo familiar, los tres poderes más amplios que se pueden tener sobre un bien determinado, individualizado y concreto, los cuales son: el ius utendi; el

³ “(...) derecho de dominio se encuentra en la aplicación del principio general de que es lícito, por ser acorde con la naturaleza misma, que la persona toma para sí, se apropie y haga suyas las cosas de la naturaleza que le sirven para la satisfacción de sus necesidades y que antes no han sido apropiadas por otro.” (BARRAGÁN, Alfonso: Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 62)

ius fruendi y el ius abutendi (derecho a usar, derecho a obtener frutos y derecho a disponer) estos tres poderes derivados del derecho de propiedad siguen vigentes en el Código Civil colombiano, al momento de explicar de qué se trata y cómo se compone el derecho de propiedad o de dominio.

Durante la Edad Media y el Feudalismo se aplicó el concepto de propiedad privada individual, pues era el señor feudal el único dueño de las tierras en dicha época. Con la llegada de la Revolución francesa y los nuevos principios de libertad, igualdad y fraternidad⁴, se empezó a pensar que todos podían ser “dueños”, no sólo el rey ni el señor feudal. De esta manera, todas las personas podían ser titulares absolutos del derecho real de propiedad o dominio que recae sobre los bienes.

Frente a la característica de absoluto del derecho de propiedad, es importante empezar a analizar cómo a medida que pasa el tiempo y las sociedades evolucionan, dicha característica ha ido desapareciendo por el nacimiento de diferentes limitaciones al derecho de propiedad privada, en donde se empieza a pensar en un derecho propio de

⁴ “Se dijo entonces que todos los hombres eran iguales, que todos eran hermanos y que todos eran libres, bajo el lema de libertad, igualdad, fraternidad; en desarrollo de esos principios se afirmó que todos los hombres tenían igualdad de derechos y tenían por eso la misma vocación a la propiedad privada; se buscó la extinción de los gremios, y de la servidumbre bajo los postulados enunciados de igualdad, libertad y fraternidad; se afirmó que todos podrían ser dueños y todos tenían libertad de adquirir la propiedad, para comerciar libremente son necesidad de estar afiliado a los gremios, se desconoció el derecho exclusivo del señor feudal y del rey, y se dijo que también las clases bajas y las clases medias podían poseer los bienes con todos los atributos de la propiedad, incluido el derecho absoluto para gozar y disponer de las cosas arbitrariamente.” (ARTEAGA, Jaime: De los Bienes y su Dominio. Editorial Dike- Universidad del Rosario. Pg. 39)

cada persona pero que debe encajar dentro del respeto de los derechos propios del resto de la comunidad.

Bajo ésta línea de pensamiento se empiezan a establecer tanto en la legislación civil como en la doctrina algunas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, dejando de ser absoluto en su ejercicio frente a terceros aunque si sigue siendo pleno⁵ y exclusivo para el que sea su titular. En Colombia, la Constitución política de 1991 en su artículo 58, plasma el reconocimiento de la propiedad privada, pero al mismo tiempo se matiza dicha disposición, de tal manera que se puede entender que dicho derecho no es absoluto ni ilimitado:

“Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá

⁵ “Y es pleno del derecho de propiedad, en cuanto reúne en sí todas las facultades que se puedan ejercer sobre algo. Es el derecho real por excelencia, los demás derechos reales son derivaciones del derecho real de dominio o parte de él (...)” (ARTEAGA, Jaime: De los Bienes y su Dominio. Editorial Dike-Universidad del Rosario. Pg. 44)

haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.”

En la anterior disposición, queda clara la garantía constitucional sobre el derecho de propiedad privada, pero al mismo tiempo se ve como la naturaleza del derecho de propiedad que se conocía desde la Revolución en marcha de 1936⁶ en Colombia, se acomoda al Estado Social de derecho⁷ de la Constitución Política de 1991, en donde el interés social y la utilidad pública priman sobre los intereses individuales, mostrando que el derecho de propiedad no es absoluto en términos de su ejercicio a pesar de ser reconocido y protegido por la Carta Política.

⁶ Aspecto fundamental de la reforma fue la declaración explícita según la cual las autoridades han de asegurar "el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"; a la noción del "derecho natural" se superpuso la del "deber social". Aunque se garantizó el derecho a la propiedad, se estableció que ésta es "una función social que implica obligaciones" (CREDENCIAL HISTORIA: Fechas para recordar: Mayo 1 de 1936 ; López Pumarejo lanza y defiende la revolución en marcha. Revista Credencial (Web en línea) Disponible desde: <http://www.banrepcultural.org/node/32884> Fecha de consulta: 03/02/2015.)

⁷ “La cláusula del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1), tiene el poder jurídico de movilizar los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales.” (Corte Constitucional, Sentencia 595 de 1999, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz).

De esta manera, se empieza a demostrar que la aplicación del derecho de propiedad en la realidad ya no se compone solamente de los poderes derivados de sí mismo, sino también de factores externos, que logran modificar las características propias del derecho real.

Al mismo tiempo en el Código Civil colombiano, en su artículo 669 define al derecho real de dominio diciendo: *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella “arbitrariamente”, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.”* La presente disposición fue declarada inexecutable por la sentencia C 595 de 1999, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, en donde se declaró inexecutable la expresión *“arbitrariamente”*, concretándose a nivel constitucional la función social⁸ de la propiedad y así mismo se ratificaron las primeras limitaciones⁹ expuestas por la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad y su

⁸ “La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen. La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad.” (Corte Constitucional, Sentencia 595 de 1999, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz)

⁹ “La propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, contrario sensu, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema. Por esas consideraciones, la Corte

ejercicio arbitrario, el cual quedó sin justificación dentro de la definición de propiedad desde 1936. Dejando claro que el derecho que una persona tiene sobre un bien, debe respetar los derechos ajenos, generando que la percepción de ser propietario y el ejercicio de los poderes derivados del derecho real no queden a su propio arbitrio¹⁰. Así el uso, el goce y la disposición de un predio y sus condicionamientos al interés común, quedaron consagrados en la Carta Política de 1991.

De esta manera, el concepto de propiedad desarrollado desde 1936, en el cual se evidencia que no es un derecho absoluto, sigue siendo desarrollado por leyes y disposiciones normativas, que se hacen cargo de la regulación de éste derecho que es la mayor asignación que se puede tener sobre una cosa. Generando así, cambios en los poderes y elementos que componen el derecho de propiedad, como lo son la disposición el uso y la obtención de frutos y claro está el ius aedificandi, que desde el punto de vista de la función social, empieza a verse restringido por el interés común que va más allá del interés del titular del derecho. Por lo anterior, se establecen dos puntos de vista sobre éste derecho real, por un lado, como un derecho individual

procederá a retirar el término arbitrariamente (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado.” (Corte Constitucional, Sentencia 595 de 1999, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz)

¹⁰ “Además, se dice, el derecho de propiedad es arbitrario porque puede ejercerse sin que importe a nadie qué hace cada uno con sus cosas. Hoy día esta afirmación carece de sentido en virtud de las limitaciones impuestas por el derecho moderno al derecho de propiedad y su ejercicio, tanto en la Constitución como en leyes especiales y en el mismo Código Civil (...)” (ARTEAGA, Jaime: De los Bienes y su Dominio. Editorial Dike- Universidad del Rosario. Pg. 44)

reconocido en cabeza de un titular o varios plenamente determinados y por otro como un derecho real condicionado por los límites impuestos para su materialización en sociedad.

Es así, como a través del tiempo el concepto del derecho de propiedad se va acomodando al entorno de la sociedad, a la época y a las exigencias de la vida en comunidad y es precisamente la vida en sociedad lo que ha generado que la doctrina, la jurisprudencia y las disposiciones legales, muestren otra cara del derecho de propiedad en cuanto a sus características y sus poderes derivados que han sido concebidos por el derecho civil¹¹.

Términos como la función social que se encuentra protegida constitucionalmente y su aplicación sobre el derecho de propiedad entre otros, le dan sentido al derecho urbanístico¹², dentro del tema de la propiedad sobre inmuebles susceptibles de ser urbanizados y construidos. Es así como se genera la necesidad del Legislador de producir normas que organicen y construyan una estructura, donde los derechos

¹¹ “El derecho de dominio o de propiedad es un derecho real, principal, que atribuye a su titular el más amplio poder de señorío, sobre una cosa singular, de acuerdo con la ley y con el interés social.” (BARRAGÁN, Alfonso: Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg.57)

¹² “(...) nacen las obligaciones de las omisiones: no usar la propiedad mirando el mejor beneficio de la sociedad. Estos conceptos han llevado a la promulgación de leyes tales como las de reforma social agraria y las de reforma urbana.” (ARTEAGA, Jaime: De los bienes y su Dominio. Editorial Dike-Universidad del Rosario. Pg. 40)

individuales se respeten entre sí¹³, sin ser desconocidos pero si limitados o revaluados en cuanto a su naturaleza jurídica.

Lo anterior, le abre paso a una nueva perspectiva más allá del concepto clásico del derecho de propiedad, teniendo en cuenta las disposiciones legales a través del tiempo, la vida en sociedad y sus propias exigencias, que se reflejan en el derecho urbanístico, abriendo la posibilidad de que actuales normativas sobre el derecho de propiedad se conviertan no sólo en disposiciones reguladoras, sino, en disposiciones que le dan vida a la posibilidad de materializar poderes de disposición como el de edificar.

Entonces, durante el Siglo XX las posiciones de los doctrinantes, frente a la concepción del derecho de propiedad, se dividen en dos¹⁴. Por un lado están quienes defienden al derecho de propiedad como un derecho puramente individual¹⁵, mientras que por el

¹³ “(...) no se puede usar de los bienes cuando el uso que se haga de ellos perjudique a los demás, ni cuando al usarlos, aunque no se cause un perjuicio, se deje de hacer un bien; finalmente se afirmó que sólo puede usar de los bienes cuando el uso de ellos beneficie a los demás.” (ARTEAGA, Jaime: De los bienes y su Dominio. Editorial Dike- Universidad del Rosario. Pg. 40)

¹⁴ “(...) hasta los últimos años del siglo XX, encontramos ante dos posiciones extremas: una posición de derecha, si es que este concepto es válido, que predica la individualidad absoluta de la propiedad y el derecho a usar y disponer como mejor se quiera de ella; y un concepto de extrema izquierda que, por el contrario reniega del derecho de propiedad, lo proscribire y lo considera como un apropiamiento injusto de los bienes de la sociedad, ya que solamente la comunidad puede ser dueña.” (ARTEAGA, Jaime: De los bienes y su Dominio. Editorial Dike- Universidad del Rosario. Pg. 41)

¹⁵ Definición en el derecho romano: “Dominio es el derecho de usar y disponer de su propia cosa, en cuanto respaldado por una razón jurídica”

otro lado están quienes relacionan el concepto de propiedad con el interés social, en donde el verdadero titular de la propiedad es la comunidad.

Estas dos corrientes de pensamiento demuestran que hasta el día de hoy, el concepto del derecho de propiedad se presta para muchas discusiones debido a sus diferencias conceptuales y de aplicación en la realidad, lo cual se debe ir acomodando a las exigencias de la vida en sociedad y las disposiciones jurídicas, que a través del tiempo han ido regulando la materialización del derecho.

2.2. Mutación del derecho de propiedad a través del tiempo.

La mutación del derecho de propiedad, ha generado que los poderes derivados o secundarios que lo componen¹⁶, se vean sometidos a cambios tanto en su naturaleza jurídica como en la forma de ser ejercidos por el titular del derecho de propiedad. Como ya se dijo anteriormente, el que es propietario tiene el derecho a usar, gozar y disponer del bien sobre el cual recae el derecho real, ahora bien, para enfocar el texto hacia el tema elegido es claro que nuestra atención debe estar sobre el derecho a disponer, del cual se deriva el Ius Aedificandi o derecho a edificar.

Definición del Cod Civil: “Es el derecho real en una cosa corporal, para gozar de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.”

“La que considera que el derecho de dominio es un derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.” (BARRAGÁN, Alfonso: Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 57)

¹⁶ BARRAGÁN, Alfonso: Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 71.

Sobre el poder de disposición, el autor Barragán dispone que:

“Significa que el dueño o titular del derecho de dominio tiene la facultad de disponer de la cosa según su voluntad y conveniencia. Esta facultad o poder de disposición tiene un sentido material, en cuanto implica la posibilidad de que el propietario transforme la cosa, mediante obras o trabajos materiales sobre ella, y tiene asimismo un sentido jurídico, en cuanto implica el poder de realizar actos o negocios jurídicos sobre la cosa tendientes a su enajenación total en relación con su valor de uso y de cambio (...)”¹⁷

Frente al poder de disposición y su forma de ejercerlo, se debe advertir que no es posible materializarlo sólo bajo la voluntad y conveniencia del titular individualmente considerado, pues de ser así, se estaría volviendo a la concepción clásica de la propiedad, la cual ya no tiene cabida absoluta, si se tienen en cuenta los nuevos elementos legales y constitucionales que moldean el derecho de propiedad a las exigencias actuales de la vida en sociedad, tal y como lo hacen el derecho urbanístico y la función social de la propiedad sobre el suelo.

Es por esto que muchos doctrinantes consideran que aunque el derecho al goce, al uso y a la disposición, funcionan de manera sustancial para identificar de que se trata el

¹⁷ BARRAGÁN, Alfonso. Derechos reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 72.

derecho de propiedad, no se deben tomar como conceptos inmóviles¹⁸ para la definición de propiedad, pues las decisiones de disponer, edificar, modificar o generar algún tipo de provecho sobre el predio del que se es dueño, es uno de los más claros ejemplos de que la mutación del concepto de propiedad privada, se puede apreciar desde sus mismos poderes secundarios que lo componen, pues esos poderes que se desprenden del derecho de propiedad son los que materialmente o a la hora de ser ejercidos se ven fuertemente limitados y directamente afectados por las reglamentaciones urbanísticas y el concepto del interés común constitucional, disposiciones que aunque no desconocen las virtudes y los derechos adquiridos por ser propietario, si generan una visión condicionada y limitada del poder gozar, usar y disponer del suelo.

Entonces, ¿Hasta qué punto el poder de edificar sigue siendo connatural al derecho de propiedad? Pareciera más bien que la posibilidad de edificar, como forma de disposición sobre el suelo del que se es dueño, necesita del derecho urbanístico para poder ser, más allá de la existencia del derecho de propiedad privada inmobiliaria.

¹⁸ Las definiciones analíticas“(…) tienen de un lado, la ventaja de que intentan expresar las facultades, atributos o derechos secundarios, cuyo conjunto radicado en cabeza de una persona, constituye el derecho de dominio, por lo cual el concepto que ellas dan es bastante concreto y rígido. Pero de otro lado, ofrecen la desventaja no sólo de la rigidez del concepto que impide su evolución y ampliación de su contenido conforme al avance social general, sino la de que por fuerza tienen que ser incompletas, ya que es muy difícil, por no decir imposible, abarcar una definición elaborada con criterio analítico, los múltiples y variados aspectos que en concreto tiene una figura jurídica tan compleja, que es la institución básica y fundamental del orden jurídico, social y económico.” (BARRAGÁN, Alfonso: Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 58)

Bajo éste entendido, la doctrina ha querido mostrar que existen diferentes formas de definir el derecho de propiedad, el autor Alfonso Barragán explica que existen formas de explicar la composición del derecho real, que no se encierran simplemente en los poderes clásicamente atribuidos al titular, sino entendiendo el derecho de una forma más amplia, teniendo en cuenta que los poderes derivados, son conceptos móviles que dependen del momento y de la forma en que se le da aplicación a la propiedad del suelo construible, por lo cual el derecho de propiedad podrá abordar más elementos, diferentes a los de usar, gozar y disponer, que apliquen en el momento específico. Dejando claro, que la definición del derecho de propiedad depende de los fenómenos de la vida social, los cuales generan que los poderes derivados puedan seguirlo siendo o puedan mutar y dependan de algo diferente al derecho real de dominio:

*"(...) al evitar la enumeración de facultades subjetivas atribuidas al sujeto, dejan un más amplio campo de investigación y de análisis a la doctrina y a la jurisprudencia. (...) Así se facilita la permanente ampliación de conceptos para ir incluyendo, sin violentar la definición, fenómenos nuevos que produce complejidad creciente de la vida social."*¹⁹

Entonces, queda claro que no se puede definir el derecho de propiedad por medio de conceptos estáticos, pues frente a dicha definición legal se interponen factores externos, que generan cambios dependiendo de las circunstancias de modo tiempo y lugar.

¹⁹ BARRAGÁN, Alfonso. Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 59.

Es precisamente de esas circunstancias en donde encontramos las primeras fuentes del derecho urbanístico y el nacimiento de sus propias disposiciones que conllevan a una nueva perspectiva de la propiedad que va más allá del concepto de derecho civil, relacionándose con causas y efectos que provienen de las necesidades de las personas y de las necesidad de la Administración de controlar y regular²⁰ el derecho real de propiedad sin desconocerlo²¹ en su naturaleza y en su fundamento de existencia, pero apropiándolo a las nuevas exigencias de la vida en sociedad.

²⁰ “Desde luego, no es posible desconocer el papel que la ley desempeña frente a este derecho: como ya se dijo, la ley, dentro del estado de derecho, es condición necesaria para el ejercicio del derecho; pero del reconocimiento de esta función, todo lo importante que se quiera, no puede llegarse a sostener que medio y causa son conceptos iguales.” (BARRAGÁN, Alfonso: Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 64)

²¹ “(...) ese fundamento se halla en la ley eterna y en la ley natural; que pertenece al derecho natural, en cuanto tal derecho de propiedad es poder o facultad racionalmente adecuada para que el hombre pueda lograr sus fines, por lo que el derecho positivo no podrá nunca desconocer su existencia, sino sólo regular su ejercicio como uno de los aspectos más trascendentales de la conducta social del hombre; la propiedad es de derecho natural y, por lo tanto, no puede menoscabarse en su esencia ni desconocerse su existencia sin violar esa ley natural en que se funda.” (BARRAGÁN, Alfonso: Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg.62)

3. El Ius Aedificandi.-

3.1. Concepto.

El Ius Aedificandi o derecho a edificar, es esa parte del poder de disposición material que se tiene sobre un inmueble, que permite urbanizarlo, edificarlo o construirlo, en concordancia con las disposiciones legales referentes a las actuaciones urbanísticas.

Frente al concepto anterior se han establecido diferentes puntos de vista, lo cual ha generado que el Ius Aedificandi sea considerado por algunos como un poder inherente al propietario; otros lo consideran una limitación a la propiedad desde la existencia y el desarrollo mismo del Derecho Urbanístico o tal vez un elemento ajeno a la naturaleza jurídica y al concepto de la propiedad privada.

Al respecto Iris Cabanes Espino, Martha Fernández Martínez y María Elena Prado Sifones, en su publicación en *Ámbito Jurídico*, titulada “El Ejercicio del Derecho de Propiedad sobre el Suelo Urbano. Su sentido social, han definido el Ius Aedificandi de la siguiente manera:

“En sentido gramatical edificar significa construir o fabricar algún edificio obra o fábrica, definición que no difiere en esencia de su significado desde el punto de vista urbanístico (...)

En la actualidad si se tiene en cuenta el sentido social del ejercicio del derecho de propiedad urbana, el ius aedificandi, no puede ser visto como un derecho absoluto o como una facultad necesariamente implícita en el derecho de propiedad sobre el suelo, sino que se configura como un

*derecho – deber que se adquiere porque así se ha previsto en la correspondiente ordenación urbanística (...)*²²

3.2. Modificaciones en el tiempo

Es evidente que el concepto y el contenido del Ius Aedificandi, es igualmente complejo que el del derecho de propiedad, si se tienen en cuenta las diferentes perspectivas que en la actualidad existen frente a éste poder de modificación del suelo construible, moviéndose por las tres perspectivas también identificadas por el autor José Fulgencio Angosto en su Obra *El Ius Aedificandi y el Derecho de Propiedad sobre suelo Urbano* el Ius Aedificandi, en las cuales: 1. Se puede percibir desde el derecho civil como un poder inherente al dominio; 2. Desde el derecho urbanístico como una limitación al poder de disposición del propietario o 3. Como un elemento ajeno a la propiedad privada, el cual necesita un acto de carácter administrativo para que realmente se pueda materializar²³.

Dejando claro entonces, que el Ius Aedificandi en la actualidad si es un poder de disposición sobre el suelo urbanizable y construible, pero que no depende para su materialización del derecho de propiedad, sino de las restricciones y permisos

²² CABANES ESPINO, Iris; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Martha y PRADO, María Elena. El ejercicio del derecho de propiedad sobre suelo urbano. *Ámbito jurídico.com.br* (Web en Línea) disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7489 Fecha de consulta: 13/02/2015.

²³ ANGOSTO SAEZ, José Fulgencio. *El ius aedificandi y el Derecho de propiedad sobre Suelo Urbano*. Universidad de Murcia. Primera Edición.

impuestos a los propietarios por el derecho urbanístico, lo cual genera que la definición exacta del derecho a edificar sea más compleja, al constituirse una relación obligatoria entre el ordenamiento del territorio y la posibilidad de ejercer el Ius Aedificandi por los particulares.

4. El Derecho Urbanístico y el Ius Aedificandi.-

4.1. Concepto y objetivos del derecho urbanístico.

Para poder comprender por qué se pretende analizar un concepto de naturaleza civil a la luz del derecho urbanístico y poder argumentar su gran importancia en la actualidad frente al derecho de propiedad y el Ius Aedificandi en específico, es necesario dedicar un capítulo del texto a conocer de fondo cual es el contenido y la relevancia del derecho urbanístico como rama del derecho, que tiene sus propios objetivos, su propia normatividad y claro está su propia influencia dentro de la materialización del derecho a edificar como poder derivado del derecho de propiedad privada.

El derecho urbanístico, en términos generales tiene como gran tarea el adecuado ordenamiento territorial²⁴, tarea que tiene bases constitucionales de acuerdo con el Artículo 91 de La Constitución Política el cual expresa:

“Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que

²⁴ “El concepto de ordenamiento territorial incluye no sólo el problema urbano y sus contenidos clásicos, sino también todo el conjunto de temas y acciones propias del contexto territorial y que influyen en el entendimiento y la conformación del mundo de la simple ciudad, para lo cual deben ser establecidas reglas de usos y convivencia adecuadas, oportunas y coherentes. El ordenamiento del territorio es comprensivo, general; constituye la dimensión espacial de toda actividad pública y privada, individual o colectiva, que se pretenda sobre el mismo.” (SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Derecho Urbanístico Legislación y jurisprudencia. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Pg. 32)

genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.”

De tal manera, es claro que la utilización del suelo y su regulación por medio del derecho urbanístico hace parte no sólo de las disposiciones constitucionales en donde el interés común prevalece sobre los intereses particulares, sino que hace parte de las disposiciones que le dan fundamento al poder limitante del derecho urbanístico y su normativa particular frente al derecho de propiedad y sus poderes derivados.

En la doctrina el derecho urbanístico ha sido definido como un *“Conjunto de reglas a través de las cuales la Administración, en nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad, en nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vistas a la ordenación del territorio”*²⁵

Al mismo tiempo José Orlando Santofimio relaciona directamente al Derecho Urbanístico con *“los propósitos sociales y comunitarios que comprometen la actividad pública del Estado, más allá de las fronteras de la conurbación, esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio, a la prevalencia imperativa, preservación y respeto.”*²⁶

²⁵ JACQUINGON Luis, Le Droit de l'Urbanisme. Paris 1967. Citado por CARCELLER Antonio, Instituciones de Derecho Urbanístico. Editorial Montecorvo, Madrid 1986.

²⁶ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Derecho Urbanístico legislación y jurisprudencia. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Pg. 31.

Entonces, queda claro que el derecho urbanístico tiene naturaleza pública²⁷, pues es el Estado quien se encarga de administrarlo y regularlo para la preservación del bienestar de la comunidad y son los ciudadanos quienes deben darle cabal cumplimiento frente a la propiedad del suelo. Es así, como dentro de esta rama del derecho se conjugan las tareas del Estado en sus diferentes versiones como por ejemplo a través de las Entidades Territoriales y las de planeación y la ejecución de las nuevas cargas urbanísticas que deben asumir los administrados para lograr entonces, el equilibrio que pretende la normativa urbanística entre los beneficios y las cargas de quienes son propietarios del suelo y el cumplimiento de las directrices constitucionales de velar y proteger el interés general. Así, La Corte Suprema de Justicia dice que:

*“(...) el derecho urbanístico está completamente ligado con la organización del entorno de la ciudad y por ende es un conjunto de normas que están destinadas al mejoramiento de la habitabilidad de cada una de las ciudades u municipios en donde se aplican dichas normas que tratan de disipar el caos de la alta expansión que se vive (...)”*²⁸

²⁷ “1. El problema urbano contemporáneo es de tal magnitud que requiere de la atención directa de las autoridades públicas a través del derecho administrativo y el derecho constitucional (...) 3.La asunción de competencias y responsabilidades por parte de las autoridades públicas en torno al manejo de las ciudades implica que los asuntos propios del urbanismo y de la configuración de las ciudades son asuntos de clara naturaleza pública que rebasan los intereses individuales de los propietarios y que tienen una directa relación con la satisfacción y garantía de servicios básicos.” (Corte Suprema de justicia, Sentencia del 9 de noviembre de 1989. Magistrado ponente: Jairo E. Duque Pérez)

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de noviembre de 1989 Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Queda en evidencia que el derecho urbanístico es la regulación del ordenamiento del suelo y que dentro de sus tareas de planeación sobre el territorio termina imponiendo una disciplina urbanística que modifica la concepción del derecho de propiedad y el papel de ser propietario del suelo urbanizable y/o construible, bajo el entendido que su normatividad a pesar de reconocer el derecho de propiedad y su existencia termina regulando y limitando sus poderes inherentes en pro de los intereses comunes de la sociedad.

De la misma manera, el derecho urbanístico y el ordenamiento del territorio terminan rompiendo la relación del *Ius Aedificandi* como poder derivado del derecho de propiedad, pues el derecho a edificar y su ejecución terminan dependiendo cien por ciento del cumplimiento total de las normas urbanísticas.

Dichos lineamientos urbanísticos, se encuentran plasmados en las leyes dedicadas a la regulación del suelo y del ordenamiento territorial, la Ley 388 de 1997 y los Planes de Ordenamiento Territorial entre otras. Estas disposiciones pueden ser consideradas como la máxima expresión dentro de la legislación colombiana, del verdadero papel del derecho urbanístico frente a la propiedad del suelo.

Específicamente, la existencia y el contenido de estas normas, demuestran que el ordenamiento de las ciudades y la planeación sobre el suelo, son temas cada vez más regulados y limitados al cumplimiento de unas exigencias que hace la vida en sociedad, las cuales deben ser satisfechas por todos los particulares, mediante el cumplimiento de cada una de las cargas administrativas impuestas sobre la posibilidad de modificar y edificar en suelo urbanizable y construible.

Además de la normatividad existente, que se muestra como un claro ejemplo de las limitaciones que trae consigo el derecho urbanístico, las actuaciones por parte de las Autoridades competentes también son un ejemplo de cómo la aplicación del derecho urbanístico modifica la materialización de los poderes del propietario del suelo²⁹.

Es así, como a continuación se explicará de manera más concreta no sólo algunas de las disposiciones normativas en donde se evidencia la protección al interés común sobre los derechos individuales por medio de las limitaciones y exigencias del ordenamiento territorial, sino también la explicación de una de las actuaciones administrativas más dicientes respecto a la materialización del Ius Aedificandi.

Específicamente, se hará referencia a las Licencias Urbanísticas, las cuales son la evidencia de que las relaciones de propiedad han migrado hacia el cumplimiento de los estándares constitucionales referidos a la función social y al ordenamiento de las ciudades a favor de toda la sociedad³⁰.

²⁹ “Artículo 332. Objetivos generales.- La norma urbanística para usos y tratamientos orienta y regula las intervenciones pública y privada en todos los predios de la ciudad, de conformidad con la función de cada zona en el modelo de ordenamiento territorial y sus condiciones físicas (...)” (POT, Decreto 190 de 2004)

³⁰ Artículo 4 de la Ley 472 de 1998: “Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: m) la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.”

4.2. El derecho urbanístico como limitación desde la normatividad y su aplicación

Ante la existencia del derecho urbanístico, los conceptos referentes al derecho de propiedad y los poderes del propietario de gozar, usar y disponer, empiezan a verse afectados, pues los derechos inherentes de ser propietario ya no se deben analizar solos sino paralelamente con la protección tanto constitucional como legislativa de los derechos colectivos. Bajo éste panorama, el derecho urbanístico se ha posicionado como una limitación evidente para la materialización del derecho a edificar y otros poderes inherentes a la propiedad, pues el seguimiento de una normatividad urbanística de carácter obligatorio para los individuos genera que sus actuaciones estén delimitadas por lo permitido dentro de la planeación territorial³¹.

Las leyes del suelo desde su nacimiento, tuvieron esa naturaleza limitativa para el manejo y el aprovechamiento del suelo por parte de los particulares. Un ejemplo claro de las primeras normativas urbanísticas dedicadas al manejo del suelo, fue una de las primeras Leyes del suelo de 1992 de España, que a luz del análisis del Autor José Fulgencio Angosto logró encarrilar al derecho a edificar bajo el estricto cumplimiento de las disposiciones de usos del suelo, siendo una de las primeras muestras de que el

³¹ “En este sentido el objetivo es mostrar cómo precisamente el derecho urbanístico tiene como principal nota característica el abordar y regular de forma muy distinta las relaciones de propiedad concretando gran parte del repertorio constitucional sobre la material.” (Ponencia presentada por el autor al Foro Reforma Urbana y Desarrollo Territorial. Experiencias y perspectivas de aplicación de las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997. Organizado por el CIDER de la Universidad de los Andes, Fedevivienda, el Linconl Institute of Land Policy y la Alcaldía Mayor de Bogotá. Material de uso exclusivo con fines académicos.)

derecho urbanístico puede limitar los poderes y libertades del propietario al momento de hacer efectivos sus atributos:

“En definitiva, en el TRLS 92 no se recogía realmente una adquisición gradual de facultades urbanísticas sino un proceso edificador en el que secuencializaba el ejercicio de la facultad de edificar, inherente al derecho de propiedad en el caso del suelo urbano. Para que la edificación se realizara conforme al Ordenamiento Jurídico debían cumplirse una serie de actuaciones en un concreto orden y en los plazos estipulados. El propietario en cada momento del proceso era libre de continuarlo o no; si decidía hacerlo pasaba a la siguiente fase y debía asumir nuevos deberes; si decidía no hacerlo le bastaba la inactividad (...)”³²

Aunque debe dejarse claro que la Ley del Suelo de 1992 en España no fue una normativa totalmente coherente pues existieron algunas contradicciones terminológicas y muchos incumplimientos de sus disposiciones, las primeras leyes del suelo en España fueron de gran importancia para el desenvolvimiento del derecho urbanístico en general³³.

³² ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio. La posición jurídica del propietario del suelo según la ley 6/1998 de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Universidad de Murcia. Anales de derecho No. 21, 2003 (Web en Línea) Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/57041/54981>. Fecha de consulta: 15/12/2014.

³³ ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio. La posición jurídica del propietario del suelo según la ley 6/1998 de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En Colombia, es importante conocer algunas disposiciones de las leyes urbanísticas y del Plan de Ordenamiento Territorial, que para efectos prácticos analizamos el Decreto 190 de 2004 que es el POT de la ciudad de Bogotá³⁴, que demuestran en especial como el derecho a edificar y a construir se pueden ven limitados desde la clasificación del suelo impuesta, hasta por disposiciones más específicas que subordinan la posibilidad de edificación al cumplimiento de procesos de aceptación por parte de las entidades encargadas del territorio.

Para comenzar, la Ley 388 de 1997 podría decirse que es la Ley que establece las directrices generales sobre la planeación y el ordenamiento territorial. Esta Ley, le da al mismo tiempo los puntos a tener en cuenta a los responsables de estructurar los Planes de Ordenamiento Territorial. Desde sus primeros artículos, la Ley 388 de 1997 que ha sido modificada a través del tiempo, establece cuáles son sus tareas en materia de ordenamiento territorial, materializadas principalmente en las llamadas acciones urbanísticas, acciones a cargo de las entidades públicas encargadas de velar por el

Universidad de Murcia. Anales de derecho No. 21, 2003 (Web en Línea) Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/57041/54981>. Fecha de consulta: 15/12/2014.

³⁴ “Artículo 334. Procedimiento para la expedición de la norma específica de los sectores normativos:

La normativa específica se elabora en dos etapas sucesivas, a saber:

1. El Plan de Ordenamiento Territorial establece las normas urbanísticas generales aplicables en todo el suelo urbano y de expansión, mediante la delimitación y reglamentación de las áreas de actividad y los tratamientos.
2. La norma específica se precisará mediante fichas reglamentarias, Planes Parciales, Planes de Implantación, planes de Regularización y Manejo, Planes de Ordenamiento zonal etc...” (POT, Decreto 190 de 2004)

cumplimiento de la normativa urbanística³⁵. Así en su artículo 8 enumera las siguientes tareas entre otras:

“Artículo 8º.- Acción urbanística. La función pública del ordenamiento del territorio local se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Son acciones urbanísticas, entre otras:

*1. Clasificar el territorio en **suelo urbano**, rural y de expansión urbana.*

*4. **Determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas.***

*13. **Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas.***

³⁵ “Desde la perspectiva del Estado democrático, es connatural al derecho urbanístico la intervención material de la comunidad en los procesos públicos y administrativos de conformación de las normas urbanísticas de planeación y en trámite de las licencias y permisos de esta misma naturaleza. El derecho surgido de la intervención y la ordenación administrativa respeta profundamente la participación, la concertación, el pluralismo y las diferencias sociales de todo género para efectos de alcanzar los niveles adecuados para la convivencia sobre el territorio. Es característico del derecho territorial la presencia de veedores ciudadanos resguardando los intereses públicos y en fin de agentes ciudadanos defendiendo los derechos colectivos y difusos, al igual que de titulares de intereses meramente subjetivos que puedan resultar afectados con las resultas de los trámites administrativos urbanísticos.” (SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Derecho Urbanístico Legislación y jurisprudencia. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Pg. 33)

*14. Todas las demás que fueren **congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio.**" (Negrilla por fuera del texto)*

De esta manera se empiezan a dilucidar los primeros conceptos claves que utiliza la legislación urbanística que se encarga de clasificar el suelo y su debida utilización, determinando el ordenamiento territorial alrededor de las características establecidas a cada uno de los espacios.

De la misma manera el Decreto 190 de 2004, Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, establece que su objetivo físico es entre otros “planificar íntegramente el desarrollo urbano superando la normativa urbanística como único instrumento guía de la construcción del territorio. Determinado entonces que el POT profundiza lo establecido por la Ley 388 de 1997, estableciendo las disposiciones más específicas que los particulares deben seguir dentro del territorio determinado.

En el artículo 36 de la misma Ley 388 de 1997 se define la actuación urbanística, en donde encontramos la posibilidad de modificar el terreno por medio de edificaciones y construcciones. Posibilidad que define al Ius Aedificandi dentro del Derecho Urbanístico, el cual queda supeditado al proceso que una actuación urbanística debe atravesar para poder materializarse, siempre y cuando esté de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento territorial:

*"Artículo 36°.- **Actuación urbanística pública.** Son actuaciones urbanísticas la parcelación, **urbanización** y **edificación de inmuebles.** Cada una de estas actuaciones comprenden **procedimientos de gestión y***

formas de ejecución que son orientadas por el componente urbano del plan de ordenamiento y deben quedar explícitamente reguladas por normas urbanísticas expedidas de acuerdo con los contenidos y criterios de prevalencia establecidos en los artículos 13, 15, 16 y 17 de la presente Ley.

*Estas actuaciones podrán ser desarrolladas por **propietarios individuales** en forma aislada por grupos de propietarios asociados voluntariamente o de manera obligatoria a través de unidades de actuación urbanística, directamente por entidades públicas o mediante **formas mixtas de asociación** entre el sector público y el sector privado.”*

En esta disposición normativa, se evidencia claramente la naturaleza limitativa del Derecho Urbanístico, pues las actuaciones que antes dependían de la voluntad y de los poderes dados por el derecho real de propiedad, ahora dependen como la misma norma lo dice del “procedimiento de gestión y formas de ejecución” establecidas por los Planes de Ordenamiento Territorial; de tal manera que el derecho a edificar y el derecho a modificar los inmuebles construibles de propiedad privada, dependen estrictamente de las limitaciones que dichos procesos de aceptación liderados por las entidades públicas responsables imponen.

Lo anterior genera que, para que el Ius Aedificandi pueda ser ejercido, es necesario que cumpla de manera estricta la norma, pues los propietarios individuales o cualquier interesado en el ejercicio de éste poder, deberá asumir cada disposición de la normativa urbanística como una carga a título propio y a favor del interés colectivo que protege el ordenamiento del territorio, encasillando el desenvolvimiento del propietario a lo

permitido como actuación urbanística, lo cual estructura la intervención de los individuos en el suelo, reduciendo la voluntad de disponer del predio.

Así se evidencia que la definición del derecho civil, acerca del derecho de propiedad y sus poderes derivados como el de edificar, que se entienden como poderes en cabeza de un titular quien decide aprovecharse de estos a su beneficio, no tiene aplicación absoluta frente a la Ley 388 de 1997, la cual ha establecido que el poder edificar en el terreno del que se es propietario, o poderlo modificar con alguna actuación urbanística siempre y cuando se esté dentro de suelo urbanizable³⁶ y construible, se puede concebir mejor como un grupo de cargas y beneficios del titular del derecho. Sobre éste punto el artículo 38 dice:

“Artículo 38º.- Reparto equitativo de cargas y beneficios. En desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los planes 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, se evidencia que el proteccionismo urbanístico va dirigido a la pluralidad de ciudadanos y que bajo ése entendido las cargas y beneficios de las actuaciones urbanísticas de cada uno de los individuos se deben repartir de manera equitativa. De

³⁶ “Artículo 145. Clases de suelo.- Suelo Urbano: El suelo urbano lo constituyen las áreas del territorio distrital destinadas a usos urbanos en el presente Plan, que cuentan con infraestructura vial, redes primarias de energía, acueducto y alcantarillado, posibilitándose su urbanización y edificación, según sea el caso.” (POT, Decreto 190 de 2004)

esta manera, el ordenamiento territorial será benéfico para el interés común, y quien quiera aprovechar el suelo a su propio beneficio deberá estar dispuesto a soportar cargas económicas y normativas para poder materializarlo.

Ahora, el incumplimiento a las disposiciones urbanísticas, no solamente generan la posibilidad de que el propietario individualmente considerado no logre materializar sus poderes sobre su propiedad, sino que además la Ley establece infracciones urbanísticas penalizadas, disposiciones que refuerzan la obligatoriedad del cumplimiento de cada uno de los procedimientos y directrices establecidas por la norma sobre la actuación urbanística.

En específico, frente al Ius Aedificandi la Ley 388 de 1997 hace mención a posibles infracciones urbanísticas relacionadas con éste derecho. En el artículo 103³⁷, modificado por el artículo primero de la Ley 810 de 2003, se establece que las actuaciones de urbanización y de construcción que se lleven por fuera de los procedimientos establecidos, por fuera de las unidades de actuación urbanísticas³⁸

³⁷ “Artículo 103º.- Modificado por el art. 1 de la Ley 810 de 2003. Infracciones urbanísticas. Toda actuación de parcelación, urbanización, construcción, reforma o demolición que contravenga los planes de ordenamiento territorial o sus normas urbanísticas, dará lugar a la imposición de sanciones urbanísticas a los responsables, incluyendo la demolición de las obras, según sea el caso, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades civiles y penales de los infractores. Para efectos de la aplicación de las sanciones estas infracciones se considerarán graves o leves, según se afecte el interés tutelado por dichas normas.” (Ley 388 de 1997)

permitidas por los Planes de Ordenamiento Territorial, que sean contrarios a los intereses comunes tutelados o que no tengan la debida licencia urbanística³⁹, podrán ser castigadas con la suspensión de la obra y hasta con la demolición de la misma si fuere necesario.

Es así como la legislación del derecho urbanístico en éste caso ejemplificada por medio de la Ley 388 de 1997, es una limitación para el ejercicio del derecho de propiedad y los poderes propios de quien es su titular, pues además de estar establecida la protección de los intereses colectivos relacionados con el derecho a un ordenamiento del territorio por encima de los derechos particulares, las normas urbanísticas abarcan no solamente las clasificaciones del suelo sino también los campos de acción de los propietarios individualizados, estableciendo por ejemplo los índices de edificabilidad⁴⁰, los cuales al mismo tiempo se encuentran fuertemente sistematizados por una cantidad de requisitos obligatorios a cargo de los propietarios para poder llegar a ejecutar una

³⁹ Artículo 103 modificado por la Ley 810 de 2003: “En todos los casos de actuaciones que se efectúen sin licencia o sin ajustarse a la misma, el alcalde, de oficio o a petición de parte, dispondrá la medida policiva de suspensión inmediata de dichas actuaciones, de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 108 de la presente Ley. En el caso del Distrito Capital esta función corresponde a los alcaldes menores, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Distrito Capital.” (Ley 388 de 1997)

⁴⁰ Artículo 50º- Índices de edificabilidad. Los planes de ordenamiento o los planes parciales que los desarrollen podrán determinar los índices de edificabilidad relacionados con los inmuebles que formen parte de unidades de actuación o localizados en determinadas áreas o zonas del suelo urbano, para su convertibilidad en derechos de construcción y desarrollo.” (Ley 388 de 1997)

construcción o una edificación “legal” de acuerdo a los requerimientos específicos de la norma urbanística y su concordancia con la función social de la propiedad.

4.3. El derecho urbanístico como la verdadera fuente del Ius Aedificandi

El papel del derecho urbanístico frente al derecho a edificar es determinante. Después de haber estudiado los objetivos de ésta rama del derecho, queda claro que el derecho de propiedad está limitado por las disposiciones normativas del ordenamiento territorial, pero la interferencia de la reglamentación urbanística sobre el Ius Aedificandi va más allá de la limitación, pues la posibilidad de poder edificar existe para los particulares, sí y sólo sí se cumplen a cabalidad los procesos administrativos que permiten las actuaciones urbanísticas y se tiene el permiso administrativo idóneo, el cual se constituye mediante una licencia urbanística.

De ésta manera, el derecho urbanístico aleja al Ius Aedificandi de su relación derivada con el derecho de propiedad, haciendo que la naturaleza jurídica del derecho a edificar, se desprenda de la normativa urbanística y dependa hasta en su existencia y ejecución de los procesos y elementos urbanísticos que lo definen.

- **Licencias Urbanísticas**

Las licencias urbanísticas son el ejemplo idóneo, para poder analizar bajo un ejemplo claro y específico, la mutación del derecho de edificar. Para argumentar de manera explícita la teoría del derecho urbanístico como fuente del Ius Aedificandi, se podría decir que las licencias urbanísticas son actos administrativos de carácter general que las

autoridades competentes emiten para darle paso a una actuación urbanística por parte de un particular⁴¹.

Evidentemente las licencias urbanísticas son el resultado de un proceso dirigido por la normativa urbanística en donde la edificación que se pretende o la modificación al predio que su propietario desea ya ha cumplido con los requisitos que la Ley y los Planes de Ordenamiento Territorial⁴² establecen, es decir, cuando una licencia urbanística existe, quiere decir que la construcción, edificación o cualquier otro tipo de modificación sobre el suelo urbanizable y/o construible particular, es acorde con la protección de los derechos colectivos referentes al suelo y es legal de acuerdo a las exigencias urbanísticas que le aplican. De esta manera las licencias terminas siendo esenciales como lo establece el artículo 99 de la Ley 388 cuando dice:

“Artículo 99º.- Licencias.

1. Modificado por el art. 182, Decreto Nacional 019 de 2012. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere licencia expedida por los municipios, los distritos especiales, el Distrito Capital, el departamento

⁴² Artículo 99: numeral 2. “Dichas licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y en su reglamento, no se requerirá licencia o plan de manejo ambiental, cuando el plan haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.” (Ley 388 de 1997)

especial de San Andrés y Providencia o los curadores urbanos, según sea del caso.

Igualmente se requerirá licencia para el loteo o subdivisión de predios para urbanizaciones o parcelaciones en toda clase de suelo, así como para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento.”

Bajo el contenido de la anterior disposición, queda claro que para el tema en particular de la presente monografía, las licencias urbanísticas son esenciales para la materialización del Ius Aedificandi, como actuación urbanística que conlleva una modificación al terreno.

La expedición de las licencias urbanísticas siguen cuatro principios establecidos por la Ley 388 de 1997, principios que pretenden hacer que las licencias urbanísticas sean instrumentos que aunque limitan, condicionan y estructuran el ejercicio de los poderes del propietario, genere una seguridad para todos bajo el principio de igualdad, teniendo en cuenta el concepto de repartición equitativa de cargas y beneficios de quienes están obligados a solicitar una licencia urbanística para actuar de manera legal sobre el suelo y en concordancia con la planeación territorial que le aplique. El artículo 100 de la Ley 388 establece los principios referidos, los cuales cobijan a las licencias urbanísticas, definiéndolos de la siguiente manera:

*“1. Por **concordancia** se entiende que las normas urbanísticas que se expidan para una determinada área o zona del municipio, deben estar en armonía con las determinaciones del plan de ordenamiento territorial, de acuerdo con los niveles de prevalencia señalados en la presente Ley.*

2. Por **neutralidad** se entiende que cada propietario tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento normativo que cualquier otro, si las características urbanísticas de una misma zona o área de la ciudad o municipio son iguales.
3. Por **simplicidad** se entiende que las normas urbanísticas se elaborarán de tal forma que se facilite su comprensión, aplicación y control.
4. Por **transparencia** se entiende que el régimen normativo debe ser explícito y completamente público para todas las partes involucradas en la actuación urbanística y para los usuarios.”

De tal manera la legislación urbanística trata de velar por la facilidad y el entendimiento de los particulares que deben acceder a licencias urbanísticas para poder ejecutar actos urbanísticos destinados a la edificación en el terreno, tratando de alivianar la carga del proceso para los propietarios individuales obligando a las entidades responsablesⁱ a llevar procesos de emisión de licencias de manera digerible y “fácil” para los ciudadanos.

Al mismo tiempo, el numeral cinco del Artículo 100 de la norma que está siendo analizada, genera responsabilidades sobre los solicitantes de las Licencias, obligando así a los particulares interesados en edificar al cumplimiento exhaustivo de todos los requisitos urbanísticos que le sean requeridos para que la actuación urbanística no genere ningún tipo de infracción o violación a los derechos protegidos:

“5. El urbanizador, el constructor, los arquitectos que firman los planos urbanísticos y arquitectónicos y los ingenieros que suscriban los planos técnicos y memorias son responsables de cualquier contravención y violación a las normas urbanísticas, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que se deriven para los funcionarios y curadores urbanos que expidan las licencias sin concordancia o en contravención o violación de las normas correspondientes.”

Es así como los curadores urbanos quienes son responsables de la revisión de proyectos de edificación y/o construcción⁴³, también están obligados a verificar el exacto cumplimiento, de la normativa urbanística referente a la expedición de licencias urbanísticas y cualquier falta de su parte también estará sancionada por la Ley.

En conclusión, las licencias urbanísticas terminan siendo el acto administrativo resultante de un proceso ante las autoridades competentes, en donde está plasmando el permiso que hace posible que los particulares puedan ejercer el Ius Aedificandi. Lo anterior demuestra nuevamente, que la mutación del derecho a edificar está encaminada a entender el concepto ya no desde el derecho de propiedad, sino desde el derecho urbanístico como la verdadera fuente constitutiva del Ius Aedificandi,

⁴³ “Artículo 102º.- Interpretación de las normas. En el ejercicio de sus funciones, los curadores urbanos verificarán la concordancia de los proyectos de parcelación, urbanización, construcción y demás sometidos al trámite de licencias con las normas urbanísticas vigentes. En los casos de ausencias de normas exactamente aplicables a una situación o de contradicciones en la normativa urbanística, la facultad de interpretación corresponderá a las autoridades de planeación, las cuales emitirán sus conceptos mediante circulares que tendrán el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares.” (Ley 388 de 1997)

5. Naturaleza Jurídica del Ius Aedificandi.

Para poder llegar a una conclusión sobre la naturaleza jurídica del Ius Aedificandi y poder determinar la verdadera relación de éste con el derecho de propiedad, es necesario explicar tres formas de ver el derecho a edificar, teniendo en cuenta de donde se desprende y de su posibilidad de materialización por parte del propietario. La primera postura frente a la naturaleza del Ius Aedificandi, estará fundamentada en la explicación del derecho a edificar como un poder derivado del de disposición. Para la segunda postura, se deberá tener en cuenta el papel regulatorio que entra jugar el derecho urbanístico frente al ejercicio del poder de disposición, haciendo énfasis en el derecho a edificar, estableciendo el carácter limitante del derecho urbanístico frente a las actuaciones del propietario sobre el suelo construible. Y en tercer lugar se estudiará el Ius Aedificandi como un concepto ajeno y separado al derecho de propiedad.

5.1. Como derecho derivado del poder de disposición del propietario.

Para el estudio del Ius Aedificandi como poder derivado del derecho de propiedad, se debe dejar claro, que el derecho a edificar se deriva del poder de disposición, poder que es inherente al derecho de propiedad al igual que el poder de uso y el de goce. El derecho a edificar, es relacionado en la gran mayoría de las ocasiones por la doctrina como un derecho de contenido económico del propietario, es decir, que al hacer uso de la posibilidad de edificar, el propietario suele buscar la posibilidad de incrementar el valor de su terreno generando modificaciones que dependen, desde la perspectiva del

derecho de propiedad clásico, de las propias decisiones de quien tiene el derecho de propiedad sobre dicho terreno.

Teniendo en cuenta el contenido del derecho de propiedad y sus poderes derivados dentro de su concepción clásica, queda claro que el titular del derecho real puede tomar decisiones a su conveniencia. En éste caso, decisiones sobre la disposición del suelo urbanizable y construible, logrando modificar su propiedad teniendo en cuenta sus propios intereses y su voluntad como propietario.

Al respecto el escritor Alfonso Barragán se refiere al derecho derivado de disposición sobre el terreno diciendo que:

“Significa que el dueño o titular del derecho de dominio tiene la facultad de disponer de la cosa según su voluntad y conveniencia. Esta facultad o poder de disposición tiene un sentido material, en cuanto implica la posibilidad de que el propietario transforme la cosa, mediante obras o trabajos materiales sobre ella, y tiene asimismo un sentido jurídico, en cuanto implica el poder de realizar actos o negocios jurídicos sobre la cosa tendientes a su enajenación total en relación con su valor de uso y de cambio (...)”⁴⁴

Es claro, que el Ius Aedificandi hace parte de uno de los tres elementos principales que componen el derecho de propiedad en su concepción meramente civil, pues en el momento en el que el propietario hace uso del poder de disposición, materialmente

⁴⁴ BARRAGÁN, Alfonso: Derechos Reales. Editorial Temis LTDA. Pg. 72.

hablando estará usando el derecho a edificar como una de las opciones de transformación de su predio a “*su voluntad y conveniencia*”.

No queda duda que ésta concepción está ligada con la propiedad en su contenido primario, es decir, se está mirando el Ius Aedificandi como un poder inherente al derecho de disposición, que está en cabeza del titular del derecho real, quien puede hacer uso de éste poder a su propio arbitrio, sin tener en cuenta las exigencias y cambios de la vida en sociedad.

Es así como el derecho a edificar como un poder derivado de uno de los elementos constitutivos del derecho de propiedad, entra en grandes cuestionamientos en la actualidad, al verse contra puesto a las nuevas concepciones del ejercicio de la propiedad y sus modificaciones en su aplicación como derecho. Es precisamente por la misma mutación del derecho de propiedad⁴⁵, que el Ius Aedificandi se debe empezar a replantear sobre todo en su aplicación, pues la sociedad y la regulación de los derechos individuales se empiezan a ver fuertemente limitados en su ejercicio desde la misma legislación constitucional, en donde la disposición, el uso y el goce que naturalmente

⁴⁵ “La discusión está abierta en torno a precisar si la propiedad ha venido siendo objeto de un sinnúmero de limitaciones impuestas a través de su concepción como función social, o si el fenómeno que ha surgido señala más bien hacia un proceso de redefinición de la propiedad misma.” (PINEDA CASTRO, Gleison. El poder del derecho urbanístico en la asignación de contenidos a los cuatro elementos estructurales de la propiedad privada. Tesis de Maestría, Universidad del Rosario. Director: Juan Felipe Pinilla Pineda. (Web en Línea) Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1537/17417223.pdf;jsessionid=10339806B7064FF3DAD1DDC28802C2F9?sequence=7> Fecha de consulta: 20/11/2014.)

dependían de la voluntad y los intereses del propietario⁴⁶, ahora se ven restringidos por los derechos colectivos⁴⁷ que priman dentro la legislación colombiana referente al ordenamiento territorial.

Nuevamente y dentro del contenido del derecho de propiedad, se empiezan a reformar las concepciones clásicas de los elementos de éste derecho, en donde encontramos el derecho a edificar como uno de los elementos que generan cambios en la aplicación y la concepción del derecho de propiedad, pues a lo largo del presente escrito se ha ido evidenciado, como el significado y la materialización de cada uno de los componentes

⁴⁶ “La titularidad, poderes y facultades que integran al módulo privado de la propiedad, en buena medida se encuentran librados a la necesidad, o mejor, a la conveniencia práctica de la ejecución de ciertos actos jurídicos y materiales por parte del individuo, a fin de realizar determinadas finalidades, entre ellas su efectiva configuración, que sirven exclusivamente a su propio interés. A renglón seguido continúa: “La inejecución de tales actos naturalmente repercute negativamente sobre la esfera del sujeto, pues pierde o no alcanza a recabar para sí los efectos favorables derivados de la verificación real de los supuestos a los cuales el derecho objetivo vincula la titularidad del derecho de propiedad, sus poderes y facultades”. (Corte Constitucional, Sentencia C 006/1993)

⁴⁷ “Entonces, el contenido del derecho de propiedad del suelo, comprende la facultad de usarlo, gozarlo o disponer de él, pero dentro de los parámetros asignados por la acción urbanística, pues el derecho de usar, gozar o disponer, no contienen en sí mismo un elemento específico que pueda ser oponible al interés general.” (PINEDA CASTRO, Gleison. “Construcción de una Respuesta” El Poder del Derecho Urbanístico en la Asignación de Contenidos a los Cuatro Elementos estructurales de la propiedad privada Pg. 70. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario. Director Juan Felipe Pinilla Pineda. (Web en Línea) Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1537/17417223.pdf;jsessionid=10339806B7064FF3DAD1DDC28802C2F9?sequence=7> Fecha de consulta: 20/11/2014.)

de la propiedad en la actualidad ya no pueden ser percibidos bajo el entendimiento clásico.

El derecho a edificar aunque sigue necesitando de la voluntad de quién es propietario del suelo urbanizable y construible, depende también de las limitaciones impuestas sobre ella, teniendo en cuenta que la legislación en general ha impuesto caminos específicos para la existencia del Ius Aedificandi, es decir, las decisiones de un propietario hoy en día no dependen de lo que se quiera individualmente, sino que depende también de lo permitido y lo restringido por nuevas ramas del derecho, específicamente por el derecho urbanístico.

Lo anterior, ha sido plasmado por diferentes doctrinantes y por diferentes estudiantes dentro de los pocos análisis que han existido en Colombia frente a las mutaciones y las nuevas definiciones que estructuran el derecho de propiedad y el ejercicio de sus poderes inherentes, de esta manera Pineda Castro en su Tesis de Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario expreso que:

“La propiedad no integra la facultad de ejercer cualquier uso al arbitrio del titular del derecho. No obstante, sí comprende el derecho a que se le asigne algún tipo de facultades de uso efectivamente realizables y que verdaderamente justifiquen la presencia de un interés privado.”⁴⁸

⁴⁸ PINEDA CASTRO, Gleison. El poder del Derecho Urbanístico en la asignación de contenidos a los cuatro elementos estructurales de la propiedad privada. Universidad del Rosario. Tesis de Maestría de derecho administrativo. 2009. (Web en Línea) Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1537/17417223.pdf;jsessionid=10339806B7064FF3DAD1DDC28802C2F9?sequence=7> Fecha de consulta: 20/11/2014.

Con lo cual queda claro que el Derecho de propiedad, sigue exigiendo como parte de su esencia que el derecho a edificar siga estando relacionado con el ser propietario, así sea dentro de un marco de regulación que sin duda alguna lo limite pero no lo suprima como derecho real en cabeza de un particular que tiene intereses privados sobre el suelo propio.

De esta manera pasaremos a analizar cómo se puede comportar el Ius Aedificandi dentro del marco regulatorio del Derecho urbanístico, convirtiéndose en una limitación para la aplicación y definición del derecho de propiedad.

5.2. Como limitación a la propiedad.

Para poder estudiar el Ius Aedificandi como limitación a la propiedad privada, es necesario tener claros los conceptos estudiados en el capítulo referente al derecho urbanístico. La perspectiva del derecho a edificar como una limitación al derecho de propiedad, de donde originalmente se podría decir que se desprende, tiene todos sus argumentos en la aplicación del derecho urbanístico.

De esta manera, es importante tener en cuenta que en éste aparte se mostrará la nueva perspectiva frente al Ius Aedificandi y el derecho de propiedad, a la luz del derecho urbanístico, perspectiva que imprime cambios tanto en la naturaleza jurídica como en la aplicación de estos conceptos, generando una ruptura en la relación clásica que se le

atribuye al derecho a edificar con el derecho de propiedad y dejando expuesto al Ius Aedificandi a las posibilidades de ser una actuación que limita al derecho de propiedad.

Para empezar, es necesario remontarse nuevamente a la evolución del derecho de propiedad a través del tiempo, evolución que se ha evidenciado en el desarrollo de los capítulos anteriores. Es claro, que en términos generales, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han relacionado de manera directa el derecho a edificar con el derecho de propiedad y claramente con el propietario de manera subjetiva.

Aunque parecería contradictorio hablar del Ius Aedificandi como limitación precisamente al derecho real de donde se desprende en términos del derecho civil, en realidad no lo es, puesto que como se expuso desde la introducción del presente texto, en ésta ocasión debemos analizar el derecho de propiedad y el derecho a edificar, bajo la lupa del Derecho Urbanístico y su intervención en la materialización de estos conceptos y cómo desde éste punto de vista el derecho de propiedad, sin perder por completo su naturaleza privada⁴⁹, termina estando condicionado y redefinido por las exigencias y la reglamentación propia del urbanismo sobre el suelo potencialmente urbanizable y construible.

Frente al cambio de perspectiva la Autora Carolina del Carmen Castillo ha dicho:

⁴⁹ “Si bien la actuación administrativa puede limitar el ejercicio de la propiedad, no puede traspasar el límite que impone el núcleo esencial de los atributos de la propiedad, como son el usar, el gozar o el disponer legal y patrimonialmente de los bienes privados.” (Corte Constitucional, Sentencia C- 595 de 1999)

“En efecto, de un lado hay que tener en cuenta que la especificación del contenido del derecho de propiedad, en cuanto derecho real, se ubica plenamente en el ámbito de conocimiento de la disciplina del Derecho Civil. Aunque tampoco cabe desatender que la consideración del planteamiento constitucional del derecho de propiedad impone la revisión del ajuste de la normativa urbanística a dicha configuración y, desde esta reflexión, no hay duda de que la perspectiva ofrecida por los administrativistas, en su defensa de la configuración de un ius aedificandi no tanto inherente al derecho de propiedad privada sino más bien concedido por los poderes públicos en interés de la comunidad (...)”⁵⁰

Frente al tema de la propiedad del suelo y la verdadera aplicación del Ius Aedificandi por parte de quien es dueño de un terreno o de un predio urbanizable y/o construible, España es un país referente tanto jurisprudencial como doctrinariamente. Es así, como muchas de las ideas que se pretenden plasmar en la presente monografía, se encuentran fuertemente justificadas por la teoría del Ius Aedificandi del autor José Fulgencio Angosto, doctrinante que sin duda alguna estableció unos lineamientos bases importantes para poder determinar cómo el Ius Aedificandi puede convertirse en una limitación a la propiedad.

Al mismo tiempo, se evidencia nuevamente que la mutación propia del derecho de propiedad ha terminado por influenciar la concepción y la materialización de sus poderes inherentes, situación que muestra que dentro de la concepción limitante del

⁵⁰ CASTILLO, Carolina. Derecho Privado y Gestión Urbanística. Editorial La Ley. Primera edición. Pg. 23.

derecho a edificar, la función social, el interés colectivo y la prevalencia de estos sobre los intereses particulares, tienen de nuevo una influencia importante, precisamente por ser conceptos claves dentro del derecho urbanístico.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el derecho urbanístico continúa con la tarea que venía realizando la aplicación del concepto de la función social de la propiedad, de cambiar la manera de poder ejercer los poderes inherentes al derecho de propiedad, es decir, las normas, las acciones y las actuaciones urbanísticas por parte del Estado, terminan limitando, de la mano con la función social, la materialidad de estos poderes frente a la propiedad de inmuebles susceptibles de ser urbanizados y por tanto edificados.

Todo esto, bajo las directrices que trae el derecho urbanístico al momento de querer ejercer el derecho de propiedad y sus poderes derivados por parte de un particular, pues como ya se ha visto, es el derecho urbanístico el que vela por un ordenamiento territorial adecuado al interés general y al a vida en sociedad, direccionando las decisiones de todos y cada uno de los propietarios del suelo, a realizar actuaciones urbanísticas que estén acordes con las exigencias, cargas y obligaciones⁵¹ que impone

⁵¹ “El efectivo cumplimiento de las obligaciones y cargas urbanísticas va generando la adquisición gradual de facultades. Los deberes y facultades urbanísticos son distintos en cada clase de suelo y, dentro de éstas, dependerán de la situación concreta en que se encuentren.” (ESTÉVEZ, Ricardo. Manual de Derecho Urbanístico, “Facultades y deberes urbanísticos”. Cuarta Edición. Pg. 46)

una adecuada planeación del territorio, ajustando la arbitrariedad de sus decisiones en beneficio de sus intereses particulares, a la satisfacción primordial del interés social⁵².

Es así, como el derecho de propiedad y por conexidad el Ius Aedificandi, se empiezan a ver no como derechos absolutos, sino como derechos del propietario que conllevan cargas y beneficios al mismo tiempo, satisfaciendo por un lado el interés colectivo, prioridad del Derecho Urbanístico, y por el otro materializando las facultades del poder edificar y aumentar el valor económico de su propiedad, asumiendo las cargas urbanísticas que le hayan sido impuestas por la prevalencia de los intereses colectivos.

Sobre las cargas urbanísticas la doctrina ha expresado que:

“(...) pueden definirse como obligaciones impuestas a los propietarios de terrenos y por extensión dado el caso a los que ejerzan otros derechos sobre éste bien, a tenor de la legislación y el planeamiento urbanístico y

⁵² “De estas dos descripciones conviene destacar la relación absolutamente necesaria que existe entre el Derecho Urbanístico y el régimen de propiedad, o lo que es mejor, con el régimen de derechos y obligaciones de los propietarios de suelo. Esta relación es el núcleo esencial que permite en definitiva poner en práctica las diversas instituciones jurídicas asociadas tanto a la planeación como a la gestión urbanística que tal derecho (el urbanístico) trae consigo.” (PINILLA PINEDA, Juan Felipe. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA URBANÍSTICO COLOMBIANO. Reflexión pendiente desde el Derecho. 2003)

constituyen una demostración evidente del sentido social del derecho de propiedad urbana.”⁵³

Así, la función social termina sometiendo el concepto de propiedad y sus poderes conexos o derivados a las conveniencias establecidas por la Ley y las exigencias del momento. Sometimiento que también se evidencia en la aplicación de la regulación urbanística, la cual ha establecido los procesos que permiten o restringen las actuaciones urbanísticas de los propietarios del suelo, trámites que terminan articulando la posibilidad de gozar, disponer y disfrutar del suelo urbanizable y construible. Lo cual finaliza con la aceptación por medio de una licencia emitida por la Autoridad competente, acto que termina siendo la “autorización” obligatoria y necesaria para que efectivamente se pueda ejercer el Ius Aedificandi.

Entonces, es precisamente en las normas y procedimientos del Derecho Urbanístico, en donde se ve plasmada la prevalencia del ordenamiento del territorio a favor del interés común. Es así como desde la Constitución Política de 1991, el correcto ordenamiento del territorio se vuelve un derecho para la sociedad y una obligación para las Autoridades encargadas, haciendo que la configuración física del territorio deba responder a los intereses generales antes que a los intereses de los particulares.

⁵³ CABANES, Iris; FERNANDEZ, Martha; PRADO, María Elena. El Ejercicio Del Derecho de Propiedad sobre el Suelo Urbano. Su sentido Social. ambitojuridico.com.br (Web en Línea) Disponible desde:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7489
Fecha de consulta: 13/02/2015.

Pero no se puede dejar de lado, que los intereses particulares siguen existiendo y siguen contando con su propia protección jurídica dentro del Derecho en general y es por esto que el autor Angosto empieza a hablar del derecho de propiedad y el derecho a edificar como un grupo de cargas y beneficios⁵⁴, que lo que pretenden es cubrir por un lado la supremacía del derecho colectivo que permea todo el manejo del suelo y por otro lado cubrir el “núcleo esencial” de la propiedad⁵⁵, haciendo posible que la disposición del suelo por parte del propietario sea un poder respetado aunque sea de manera condicionada.

De esta forma se ve como el derecho a construir dentro de un predio de suelo urbanizable y construible se materializa ya no con la decisión individual del propietario, sino con la aceptación del aprovechamiento deseado por la planeación y lo dispuesto por el Derecho Urbanístico.

⁵⁴ “(...) éste supone una visión de la propiedad, desde la perspectiva, del propietario, del conjunto de concretas facultades, deberes y cargas que le son atribuidas, así como las garantías que en su beneficio el propio Sistema establece marcando al legislador unos límites en su intervención relativa al ejercicio de concretas titularidades que traen causa del previo reconocimiento institucional.” (ANGOSTO SAEZ, José Fulgencio: El Ius Aedificando y el Derecho de Propiedad sobre Suelo Urbano. Editorial Universidad de Murcia. Primera Edición. Pg. 73)

⁵⁵ “En éste sentido, el constituyente equilibra la exigencia al legislador de atender a la función social al dotar de contenido al derecho de propiedad con la exigencia, también al legislador, de que tal contenido debe coincidir, al menos, con el contenido esencial del derecho, es decir, al propietario se le debe conceder un mínimo de facultades que hagan realidad la existencia del derecho de propiedad (...)” (ANGOSTO SAEZ, José Fulgencio. La Posición Jurídica del Propietario de suelo según la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del suelo y valoraciones y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Universidad de Murcia. Anales del Derecho No. 21, 2003.)

Bajo éste entendido, queda claro que el Ius Aedificandi empieza a tener características de limitación, en el momento en que su materialización depende de su coherencia con la función social, el derecho a la igualdad y los objetivos del derecho urbanístico, situación que sin duda alguna limita el alcance del derecho de propiedad privada, pues el Ius Aedificandi ya no termina siendo un derecho naturalmente inherente al derecho de propiedad, sino que se convierte en un poder que para ser ejercido, depende de un proceso que consiste en diferentes fases aprobatorias frente al Derecho Urbanístico y sus Autoridades (1. Derecho a Urbanizar; 2. Derecho al Aprovechamiento Urbanístico; 3. Derecho a Edificar y 4. El Derecho a la Edificación), encasillando su aplicación solamente al éxito en las fases aprobatorias, limitando directamente el alcance del derecho de propiedad, teniendo en cuenta que el Ius Aedificandi es una expresión de la propiedad, que por la intervención del derecho urbanístico se encuentra condicionado, afectando directamente al derecho real en cuanto a su ejercicio y significado.

Por otra parte, esta perspectiva del derecho de propiedad y sus derechos derivados, termina por alejarse de la concepción privatista cuando el derecho administrativo y las Entidades Públicas entran a regular los temas urbanísticos y son las responsables de emitir los actos urbanísticos que permiten que los poderes del derecho de propiedad sobre el suelo se pueda materializar.

La actuación del Estado termina siendo esencial en la aplicación del derecho urbanístico, pues se encarga de proteger los derechos relacionados con el ordenamiento del territorio y las disposiciones constitucionales relacionadas; de esta manera se encargan de ponderar las situaciones del derecho de propiedad privada de los

particulares frente a la función social y a los intereses colectivos relacionados con la ordenación del territorio⁵⁶.

Además, si se tiene en cuenta que el Derecho termina teniendo un papel regulador⁵⁷ sobre la materialización del derecho de propiedad sobre el suelo, es claro, que el Estado y las entidades de Planeación son las indicadas para aplicar la normativa urbanística sobre los particulares.

La finalidad del papel del Estado y del Derecho la explica Angosto cuando dice que:

“Es obvio que el derecho, como instrumento del que se ha dotado el hombre para regular sus vínculos con el entorno social que lo rodea, debe

⁵⁶ “Conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y, la preservación de un ambiente sano.” (PINEDA CASTRO, Gleison. “El derecho Urbanístico en Colombia” El poder del derecho urbanístico en la asignación a de contenidos a los cuatro elementos estructurales de la propiedad privada Pg. 13. Tesis Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario. Director: Juan Felipe Pinilla Pineda. (Web en Línea) Disponible en:<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1537/17417223.pdf;jsessionid=10339806B7064FF3DAD1DDC28802C2F9?sequence=7> Fecha de consulta: 20/11/2014.)

⁵⁷ “Se ha señalado que la propia humanidad gira en torno a la propiedad, de forma que partiendo del presupuesto de su existencia fáctica, el Derecho se va a limitar a crear las reglas que determinen quién es el propietario y cuál es su poder, regulando, además, los posibles contactos con la cosa de otras personas diferentes del propietario.” (ANGOSTO, José Fulgencio. El Ius Aedificandi y el Derecho de Propiedad sobre Suelo Urbano. Editorial Universidad de Murcia. Primera Edición Pg. 16)

prestar atención prioritaria, no sólo a sus relaciones con los demás personas sino también su contacto con las cosas; si bien éste último no es sino una derivación de las primeras, en cuanto a que no sería necesario una regulación jurídica de las mismas, sobre las que materialmente el hombre mantiene una situación de superioridad, si no existieran otras personas con idénticas apetencias dominadoras sobre las mismas cosas, personas con las que se podría entrar en colisión.”⁵⁸

Ahora, la intervención del Estado en sus diferentes expresiones frente al derecho de propiedad como derecho real en cabeza de una o varias personas determinadas, puede ser otro de los temas relacionados con las grandes discusiones que se presentan frente a la mutación de los poderes del propietario, pues ¿hasta qué punto el poder del Estado y la imposición del régimen urbanístico debe limitar el derecho de propiedad? Aunque no es el tema a desarrollar en la presente monografía, queda claro que el intervencionismo estatal frente a la propiedad privada es también una de las razones de porqué el derecho a edificar se ha convertido en una limitación para el ejercicio del derecho de propiedad, pues el aprovechamiento urbanístico depende tanto de la norma a aplicar como de las actuaciones (el cómo) de quien es el encargado de aplicarla.

Frente a la legislación en Colombia, es importante hacer mención al respecto del tema que nos ocupa sobre la Ley 9 de 1989, La Ley 388 de 1997, la Ley 810 de 2003 y los Planes de Ordenamiento Territorial, que en modo de ejemplo haremos referencia al de Bogotá. Estas disposiciones urbanísticas, como se explicaron en el capítulo anterior,

⁵⁸ ANGOSTO, Jose Fulgencio. El Ius Aedificandi y el Derecho de Propiedad sobre Suelo Urbano. Editorial Universidad de Murcia. Primera Edición. Pg. 16.

enmarcan no sólo la naturaleza pública del Derecho Urbanístico sino que muestran mediante diferentes ejemplos cómo la materialización del Ius Aedificandi ya no pareciera tener aspecto de derecho sino más bien de una posibilidad de actuación por parte de los particulares limitada estrictamente a estas normas urbanísticas y a su poder permisivo frente al desenvolvimiento del propietario.

De hecho con sólo mirar los dos primeros artículos de la Ley 388 de 1997, se puede determinar el papel específico del Derecho urbanístico frente a la propiedad del suelo de la siguiente manera:

“Artículo 1º.- Objetivos. La presente Ley tiene por objetivos:

(...)

*2. El establecimiento de los **mecanismos que permitan** al municipio, en ejercicio de su autonomía, **promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo**, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, **así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes.***

*3. **Garantizar que la utilización del suelo por parte de sus propietarios se ajuste a la función social de la propiedad** y permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios, y velar por la creación y la defensa del espacio público, así como por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres.*

4. Promover la armoniosa concurrencia de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias y autoridades administrativas y de planificación, en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que prescriben al Estado el ordenamiento del territorio, para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

6. Facilitar la **ejecución de actuaciones urbanas integrales**, en las cuales confluyan en forma coordinada la iniciativa, la organización y la gestión municipales con la política urbana nacional, así como con los esfuerzos y recursos de las entidades encargadas del desarrollo de dicha política.”
(Negrilla por fuera del texto)

Es así como en el Artículo primero de la Ley mencionada, resume en cinco numerales toda la explicación de porqué el Derecho Urbanístico cambia la perspectiva del Ius Aedificandi, pues queda evidenciado que la decisión de construir o edificar sobre suelo propio va más allá de la simple decisión, ahora necesita cumplir con un panorama jurídico bastante riguroso para poder ser.

Es de esta forma que se convierte en una limitación material para el propietario, pues a pesar de que se puede ser dueño de un terreno eso no garantiza que el uso y la disposición del suelo, que son poderes inherentes al derecho de propiedad, puedan ser ejercidos, pues como bien se muestra, el Ius Aedificandi, ya no se muestra como un poder derivado del derecho real de dominio, sino como un ejemplo claro de una

limitación al derecho de propiedad, impuesta por el derecho urbanístico, pues posiblemente el ejercicio del Ius Aedificandi dentro de lo permitido por la regulación urbanística, limitará la materialidad de lo que el propietario cree que es el poder de disposición inherente al derecho de propiedad del cual es titular.

De esta manera y como se expresa en el Artículo segundo de la Ley 388 de 1997, el ordenamiento del territorio termina prevaleciendo sobre el ideal del propietario del suelo y sus intereses individuales, dejando claro que desde la existencia de la normativa del urbanismo: “1. La función social y ecológica de la propiedad; 2. La prevalencia del interés general sobre el particular y 3. La distribución equitativa de las cargas y los beneficios.” Terminan justificando por qué el poder de disposición sobre suelo urbanizable y construible, en donde encontramos al Ius Aedificandi y en general todo lo que compone el concepto clásico del derecho de propiedad, ya no se trata de derechos individuales de libre disposición frente al suelo, sino más bien se trata de derechos dependientes de normas restrictivas con respecto a su ejercicio, a favor de la función pública del urbanismo⁵⁹. Por lo cual, los conceptos del derecho de propiedad y el Ius Aedificandi se ven transformados y necesitan redefinirse, dejando de lado la concepción tradicional establecida por el derecho civil⁶⁰.

⁵⁹ Artículo 3 de la Ley 388 de 1997.

⁶⁰ “Sin duda la asignación constitucional de la función social a la propiedad inmobiliaria, determinante del destino de su objeto (a lo que ahora interesa, el suelo), así como del sentido y alcance de su regulación normativa, ha provocado una intensa transformación de la concepción tradicional del derecho de propiedad contenida en nuestras leyes civiles, así como del contenido del derecho que modula las

5.3. Como elemento ajeno al derecho de dominio

Al existir un enfrentamiento continuo de la concepción del derecho de propiedad como derecho real y la concepción limitada proveniente del Derecho Urbanístico, el Ius Aedificandi ha sido un concepto que ha corrido con la misma suerte, pues aunque en la mayoría de la doctrina el Ius Aedificandi sigue siendo un derecho relacionado directamente con la propiedad y el poder de disposición por parte del propietario, su mutación y cambios en su materialización dejan una puerta abierta para pensar que el derecho a edificar es en la actualidad un concepto ajeno a los poderes inherentes del derecho de dominio o de propiedad.

Desde la regulación urbanística, el derecho a edificar depende de la expedición de licencias urbanísticas, las cuales actúan como actos administrativos que además de aceptar la modificación del suelo por parte de un particular, regula la legalidad de la actuación urbanística que pretende hacer el propietario.

Para poder llegar a la licencia urbanística se necesita agotar un proceso que va desde la misma interpretación de los Planes de Ordenamiento Territorial, los cuales se encargan de establecer los tipos del suelo⁶¹ y dentro del suelo urbano establece las directrices a

facultades atribuidas al titular dominical.” (CASTILLO, Carolina del Carmen. Derecho Privado y Gestión Urbanística Pg. 21. Editorial La Ley.)

⁶¹ “Como se puede apreciar, el precitado régimen de clasificación del suelo, trae implícita una privación del ius aedificandi y lleva a una ruptura en la igualdad de las cargas y poderes que puede ejercer el

seguir por parte de los individuos dentro de su propiedad, siendo así un proceso obligatorio impuesto por el derecho urbanístico que establece realmente los pasos y condiciones a seguir para que exista la posibilidad de ejercer el Ius Aedificandi y poderlo materializar.

Entonces, ¿Es el derecho a edificar en la actualidad un derecho adquirido mediante el seguimiento y cumplimiento de las normas urbanísticas? Todo depende de la perspectiva a través de la cual se analice, pues es claro que en un principio el derecho a edificar era inherente a la oportunidad de disponer de su predio bajo sus propios intereses, pero en la actualidad el papel del Derecho Urbanístico, no sólo separa al Ius Aedificandi de los poderes adquiridos por sólo ostentar el derecho de propiedad, exigiéndole el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento del territorio para su materialización, sino que los elementos creados por el derecho urbanístico, como las licencias urbanísticas en éste caso, pueden ser consideradas como actos constitutivos del derecho a edificar, lo cual significa que sin la expedición de la licencia el Ius Aedificandi materialmente no se constituye en la realidad.

Frente al carácter constitutivo de las licencias urbanísticas el escritor Angosto dijo:

“Es clásica la polémica sobre el carácter constitutivo o declarativo de la licencia de edificación y, como consecuencia, si se trata de un acto de la Administración de naturaleza constitutiva del derecho a edificar lo que conduce a señalar la no inherencia del Ius Aedificandi al derecho de

propietario. (OLARTE RINCON: Revocatoria directa de las Licencias Urbanísticas Pg. 18. Universidad Externado de Colombia.)

*propiedad, por ser creado ex novo por el otorgamiento de la licencia (...)*⁶²

Es así como el derecho a edificar se puede entender como un derecho ajeno al derecho de propiedad, pues las condiciones necesarias para su ejecución no dependen de éste último, ya que el deseo de edificar o de modificar de cualquier otra forma el suelo construible, no está fundamentado en la relación establecida por el derecho civil con la propiedad. Más bien va de la mano de las normas urbanísticas, de su cumplimiento y de los permisos autorizados por el ordenamiento territorial, los cuales en resumen terminan dándole vida al Ius Aedificandi del propietario particular, quien en consecuencia deberá asumir las cargas urbanísticas impuestas, para poder llegar a hacer efectivo un derecho como el de edificar.

Frente a éste tema el Autor Lalo Enrique Olarte Rincón, en su libro *Revocatoria Directa de Licencias Urbanísticas* dice que:

“De aquí que pueda concluirse que no es cierto que el derecho a edificar sea un atributo inherente al derecho de propiedad o dominio; incluso, puede aseverarse que el derecho a edificar es un derecho autónomo, independiente, cuyo ejercicio está supeditado a lo que proponga en planeamiento municipal. Tal idea se confirma al revisar nuestro Régimen jurídico de licencias urbanísticas, que le permite al poseedor ser titular de

⁶² ANGOSTO SAEZ, José Fulgencio: El Ius Aedificandi y el Derecho de Propiedad sobre Suelo Urbano.

Universidad de Murcia. Primera Edición. Pg. 304.

licencias de construcción y de actos de reconocimiento de existencia de edificaciones.”⁶³

Entonces, podría decirse que como resultado de toda la mutación que ha tenido el derecho de propiedad y sus poderes derivados desde la protección del interés común, hasta el cumplimiento de las normas dirigidas al ordenación del territorio y en general de todas las disposiciones del Derecho Urbanístico, se encuentra a el Ius Aedificandi como un concepto por fuera de la esfera del significado de propiedad y se ubica en la actualidad como un concepto dependiente del Derecho Urbanístico, en especial de las licencias urbanísticas y demás actos administrativos de carácter urbanístico que delimitan el espacio de aplicación de los poderes del propietario. Dejando claro que el derecho a edificar, a pesar de estar catalogado como un concepto desarrollado por el derecho civil, es actualmente un derecho que se constituye mediante la expedición de actos administrativos urbanísticos, los cuales aprueban y generan la posibilidad de ejercerlo.

Al respecto Carolina del Carmen Castillo expresa que:

“Es bien conocido el debate doctrinal acerca del alcance civil de las normas urbanísticas, al igual que la cuestión en torno a la justificación de su tratamiento por parte de los civilistas. Ciertamente, la sola referencia a la propiedad en una norma no otorga a la misma de manera automática el carácter de civil pues, en definitiva, no todo precepto regulador de una

⁶³ OLARTE RINCÓN, Lalo Enrique: Revocatoria directa de Licencias Urbanísticas. Universidad Externado de Colombia. Pg.19.

institución tradicionalmente considerada como civil debe entenderse integrado como contenido del derecho civil objetivamente considerado.”⁶⁴

De esta manera, el Ius Aedificandi termina trasladándose de ser un poder derivado del derecho de propiedad a ser un tipo de aprovechamiento urbanístico al que puede acceder el propietario mediante el cumplimiento de lo que el derecho urbanístico imponga como cargas.

Concluyendo entonces, que la opción de que el propietario decida aprovechar urbanísticamente hablando su predio, se podría ver como un derecho abstracto, como lo describe José Fulgencio Angosto en su libro El Ius Aedificandi y el Derecho de Propiedad Sobre Suelo Urbano, pues en realidad es la regulación urbanística la que permite que la decisión del propietario se pueda materializar, dependiendo de que el planeamiento territorial acepte las características del aprovechamiento urbanístico que se pretende, lo cual sólo será posible si los intereses de la comunidad y los derechos individuales del propietario respecto al suelo objeto de urbanización coexisten.

⁶⁴ (CASTILLO, Carolina del Carmen. Derecho privado y gestión urbanística, “Determinación del interés civil en el régimen urbanístico de la propiedad inmobiliaria: La relevancia civil de la legislación urbanística y la cuestión de la normativa aplicable” Pg. 23.Editorial La Ley)

6. Conclusiones

En análisis expuesto anteriormente y las diversas opiniones que muestran nuevos puntos de vista frente al tema de lo que realmente compone al derecho de propiedad, han empezado a tener un peso importante en las nuevas concepciones de los derechos inherentes como lo es el Ius Aedificandi, que sin duda se encuentra inmerso dentro de todas las limitaciones que han ido naciendo a través del tiempo.

Aunque se debe tener en cuenta que dichas limitaciones no han logrado desnaturalizar por completo lo que se entiende como derecho de propiedad, se puede decir que el derecho urbanístico, la función social de la propiedad y las disposiciones relacionadas con el ordenamiento de territorio, han dejado como resultado nuevos espacios para diversas discusiones y nuevas concepciones frente a los derechos inherentes de la propiedad misma, la cual termina siendo un concepto volátil con el paso del tiempo y las exigencias de la vida en sociedad, que terminan llevando a nuevas disposiciones jurídicas que hacen que lo que naturalmente componía éste derecho real, siga existiendo pero bajo parámetros distintos y mucho más complejos de materializar.

Por todo lo anterior, se concluye que la relación del Ius Aedificandi con el derecho de propiedad privada no tiene fundamento en la actualidad, pues durante el desarrollo de la presente monografía se lograron identificar los puntos de quiebre de dicha relación, fundamentados en el importante papel que juega el derecho urbanístico frente a los dos conceptos y las consecuencias de la existencia de una regulación específica, de la cual depende la materialización del derecho a edificar en cabeza de un propietario de suelo construible.

Bajo la misma línea se establece, que después de haber estudiado 3 diferentes perspectivas del derecho de propiedad y el Ius Aedificandi enfrentados al derecho urbanístico y otras disposiciones como la función social de la propiedad, definitivamente el Ius Aedificandi ya no tiene su fundamento como poder derivado del derecho de propiedad, pues en definitiva es la reglamentación urbanística la que, no sólo se encarga de limitar y estructurar el derecho a edificar, sino que es la responsable de materializarlo.

Es decir, que es la norma urbanística la que genera, mediante procesos y actos administrativos, la verdadera constitución material del Ius Aedificandi. Identificando de manera clara, que si las disposiciones urbanísticas lo restringen o lo prohíben, no hay ningún otro medio legal por el cual el derecho a edificar pudiera ejercerse, pues son específicamente las licencias urbanísticas las que llevan plasmada la constitución de un derecho a modificar el suelo construible privado, por lo cual, de no existir dichas licencias, es evidente que el titular del derecho de propiedad no podrá edificar ni construir, sin importar el título de propietario como tal, pues ahora son las disposiciones, elementos y herramientas urbanísticas, las que se sobreponen al derecho de propiedad y al propietario en sentido subjetivo.

De esta manera se pudo demostrar como conceptos clásicos del derecho civil, pueden ser fuertemente modificados por regulaciones como el derecho urbanístico, dejando en evidencia que dependiendo del desarrollo de la sociedad entre otros factores externos a conceptos como el derecho de propiedad, están sujetos a limitaciones y condiciones que alteran su naturaleza jurídica, haciendo que no se queden como conceptos estáticos de

derecho privado, sino que se vean enfrentados a nuevas regulaciones⁶⁵ que determinan el ejercicio y la materialización de los mismos.

⁶⁵ “Esta situación ha contribuido a que la forma como se concibe y aborda la gestión urbana por parte de operadores públicos y privados, esté altamente influida y determinada por las premisas clásicas de la propiedad enraizadas en los conceptos del Código Civil. Conceptos e instituciones que claramente riñen y se enfrentan con el tratamiento que a la institución de la propiedad introducen las legislaciones especializadas que abordan el problema urbano colombiano.” (Ponencia presentada por el autor al Foro Reforma Urbana y Desarrollo Territorial. Experiencias y perspectivas de aplicación de las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997. Organizado por el CIDER de la Universidad de los Andes, Fedevivienda, el Lincoln Institute of Land Policy y la Alcaldía Mayor de Bogotá. Material de uso exclusivo con fines académicos).

7. Bibliografía.-

- ANGOSTO SÁEZ. José Fulgencio. *El Ius Aedificandi y el Derecho de Propiedad sobre suelo Urbano*. Universidad de Murcia: 1998.
- ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL PROPIETARIO DE SUELO SEGÚN LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Artículo en línea de Derecho Civil de la Universidad de Murcia.
- ARBOUIN GÓMEZ, Felipe. *Derecho Urbanístico y Desarrollo Territorial Colombiano Evolución desde la Colonia hasta nuestros días*. Artículo de revista.
- AREVALO GUERRERO, Ismael Hernando. *Bienes Constitucionalización del Derecho Civil*. Universidad Externado de Colombia: 2011.
- CASTILLO MARTINEZ, Carolina del Carmen. *Derecho privado y Gestión Urbanística*. La Ley: 2010.
- CASTILLO MARTINEZ, Carolina del Carmen. *Derecho Urbanístico Y Gestión Urbanística: Aspectos Sustantivos y Registrales*. Editorial La Ley.

- Constitución Política de Colombia.
- Decreto 619 de 2000/ POT de Bogotá.
- DÍEZ PICASO y PONCE DE LEÓN. *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*. Thomson/ Cívitas: 2007-2012.
- ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. Manual de Derecho Urbanístico. Comares, Cuarta Edición.
- FERMANDOIS VÖHRINGER. Arturo. *Derecho de Propiedad y Postergaciones de Permisos Urbanísticos*. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 2, pp. 319 - 343 [2007], Web en Línea (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200006)
- GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo y LUCIANO PAREJO. Alfonso. *Problemas Actuales del Derecho Urbanístico: La Ordenación Urbanística y el Derecho de Propiedad*. Web en Línea: (<http://books.google.com.co/books?id=SDMs3nWSgr8C&pg=PA61&dq=la+ordenacion+urbanistica+y+el+derecho+de+propiedad+eduardo+garcia&hl=es-419&sa=X&ei=EJBEVPfbMeH9sAT8qYD4Bw&ved=0CCAQ6AEwAQ#v=onepage&q=la%20ordenacion%20urbanistica%20y%20el%20derecho%20de%20propiedad%20eduardo%20garcia&f=false>)

- LEFERVE, Robert. *La filosofía de la Propiedad*. Unión Editorial: 2013.
- Ley 388 de 1997 y sus modificaciones.
- MONTOYA PEREZ, Guillermo. *Teoría General de los Derechos Reales*. Editorial Leyer: 2009.
- OLARTE RINCON, Lalo Enrique. *Revocatoria Directa de Licencias Urbanísticas*. Universidad Externado de Colombia. Web en línea: (<http://es.calameo.com/read/00013709870a800f8110d>)
- PAREJO- MERINO. Piedad María. *El Derecho a Edificar y el Derecho a la Edificación*. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana den Notariado. Web en Línea: (Vlex. Es)
- PUCHEU MUÑOZ. Mario Martin. *Derecho a Edificar en la Legislación Urbanística*. Web en Línea: (www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=news&file=print&sid=1889)
- RABELLO. Sonia. *La Propiedad Privada del Suelo y el Derecho de Construir*. Lincoln Institute of Land Policy. Curso: Dimensión jurídica de las Políticas del Suelo. Web en Línea: (file:///C:/Users/SOLO%20CATERING/Downloads/Propiedad_Privada_Suelo-Rabello_Sonia-2011_Presentacion.pdf)

- RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. *La Ciudad y el Derecho una Introducción al Derecho Urbano Contemporáneo*. Universidad de los Andes: 2012.
 - ROTHER, Hans. *Derecho Urbanístico Colombiano*. Universidad Nacional de Colombia, Temis.
 - SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Derecho Urbanístico Legislación y Jurisprudencia*. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición.
 - Sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca del 26 de julio de 2012. Magistrado ponente: Naum Mirawal Muñoz.
 - Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo del 3 de abril de 2013. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
 - TERNERA BARRIOS, Francisco. *Bienes*. Editorial Universidad del Rosario: 2013.
-