

**EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA Y SUS LIMITACIONES EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO**

Monografía de grado para optar por el título de abogado presentado por:

Mateo Atehortúa Tobón

Juan Camilo Sánchez Sánchez

Asesor- profesor responsable: Mary Luz Tobon Tobon

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA – UNAULA –

Medellín, 14 de Octubre 2017

Dedicatoria

Dedicamos esta tesis, principalmente a nuestras familias, por brindarnos la oportunidad de un aprendizaje y una herramienta para nuestras vidas, también agradecemos a la Universidad por la formación académica recibida a nuestra asesora de grado por el gran apoyo durante el tiempo en que realizamos esta tesis.

A todos los que nos apoyaron para escribir y concluir esta tesis.

Para ellos es esta dedicatoria de tesis, pues fueron ellos quienes creyeron en nosotros y nos dieron su apoyo incondicional.

Agradecimientos

Nuestro agradecimiento es primeramente a Dios por brindarnos las capacidades para optimizar nuestro aprendizaje, a través de la presentación de esta tesis de grado.

A todos y cada uno de los que han hecho parte de nuestra formación, muchas gracias.

Resumen

Esta monografía se centra en estudiar el derecho a la propiedad privada y las limitaciones que se han impuesto constitucional y legalmente al mismo, se estudian los caracteres que a lo largo del tiempo han conformado la estructura de esta institución jurídica, además de ello se estudia la propiedad como un derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico Colombiano junto con las limitaciones que constitucionalmente se han impuesto al mismo, como la función ecológica, la función social y la expropiación.

Introducción

Nuestro estudio centrara sus esfuerzos en dar a comprender una visión del derecho de propiedad privada, a vislumbrar la evolución que el mismo ha tenido en la legislación antigua y moderna, porque el concepto de expropiación ha sido tratado de distintas formas hasta llegar a la que hoy concebimos en la legislación colombiana. Pasando de la acepción del derecho a la propiedad como un derecho absoluto, de la necesidad de regular dicho derecho por verse inmerso en conflictos entre vecinos titulares de derecho de dominio, hasta la concepción actual del derecho a la propiedad donde se reconoce que dicho derecho se puede limitar y se repasa las limitaciones que puede tener un titular de este derecho, básicamente basados en la expropiación como una de las principales limitaciones que tiene la legislación Colombiana. Por tal razón básicamente nos enfocados en la expropiación en caso de guerra, la cual basados en la constitución, Leyes jurisprudencia, doctrina. Trataremos de mostrar las consecuencias de dicha figura que y las diferentes clases de expropiación con sus respectivas consecuencias.

Este análisis lo realizamos desde un enfoque histórico y jurídico, desarrollando ésta investigación mediante un método Histórico y la información fue recogida de textos históricos y jurídicos, de ensayos jurídicos, y las Leyes sentencias de la corte constitucional. El método Histórico consiste en la búsqueda de conocimiento de las distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica, para conocer el desarrollo

del objeto de investigación se hace necesario revelar sus antecedentes, las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales.

En consecuencia, a lo largo del mismo trabajo, se pretende dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿La expropiación en caso de guerra contemplada en la carta constitucional puede ser entendida como un verdadero proceso expropiatorio, que cumpla los requisitos esenciales de éste?

Siendo el objeto de este trabajo explicar el concepto de propiedad privada sobre los bienes y las limitaciones que se han impuesto al mismo por la legislación constitucional legal y jurisprudencial, nuestro análisis queda restringido a la evolución Histórica del concepto con salvedad al derecho de propiedad privada bajo la visión de que este es un derecho inherente al ser humano que consiste en el poder subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico a cada individuo para disponer plenamente de sus bienes, sin que el ejercicio de este derecho por parte del dueño del bien vulnere en ningún caso los principios y fines constitucionales. Se harán menciones a las limitaciones que legal y constitucionalmente se han impuesto al derecho de propiedad privada mencionando la función ecológica, la función pública la expropiación; enfocadas en exponer al lector una visión en la que el derecho de propiedad te puede generar unas obligaciones sociales consistentes en los límites al uso y ejercicio pleno del mismo derecho.

Para entender el concepto de derecho de dominio, es necesario hacer el recuento histórico tan mencionado del concepto de expropiación, de cómo era concebido y como se aplicaba, para así comprender que la figura actual de la expropiación, la cual es una recolección de instituciones y preceptos de derecho romano, integrando la posición social que se empezó a ver en occidente desde la revolución Francesa, hasta el tiempo actual. Así vislumbrando el inicio del derecho de dominio y su calidad de absoluto, su necesidad de regulación por el conflicto que surgió entre vecinos titulares de derecho de dominio, la teoría socialista que surge de la mano de León Diguít, basada en la primacía del interés social sobre el particular, hasta la inclusión de la función ecológica que tenía la característica de tener varias limitaciones al titular de derecho de propiedad. En consecuencia las atribuciones que tenía un propietario se han ido limitando y han dado paso a normatividad donde se limita más este derecho, en pro de beneficiar el interés general de la sociedad.

Esta monografía ofrece una visión en la que la propiedad privada ya no otorga al dueño de un bien una facultad tan absoluta sobre sus bienes, ya que en realidad aunque la historia muestre que en sus inicios a esta institución jurídica se le concibió como un derecho ilimitado, con la evolución de esta institución aparecieron limitaciones para la misma debido al constitucionalismo moderno y la legislación de cada nación ; la propiedad es una proyección de la personalidad del individuo por lo tanto goza de especial protección por parte del ordenamiento jurídico de cada sociedad y que la misma deberá ejercerse en armonía con los límites que legalmente han surgido en relación con este derecho. La propiedad privada y sus limitaciones que hacen cada vez

más verlo como un derecho no tan absoluto desde el punto de vista que se limita cuando se tiene una válida justificación, como las que se deben dar cuando se produce la expropiación. Dicha justificación de expropiación debe estar fundada en motivos de utilidad pública y cuando se justifiquen dichos motivos se dice que cumple la principal función de la expropiación que es hacer valer el interés general sobre el particular, pero siempre garantizando la indemnización por el acto arbitrario que constituye la venta forzosa que debe realizar el particular. Como se dijo debe haber un pago anticipado por el bien expropiado. Pero cuando el bien es expropiado y no se da el título traslativo de dominio, lo que quiere decir que no hay transferencia del bien y por ende no hay pago o indemnización por el bien adquirido por la administración mediante el proceso de expropiación, entonces debemos analizar las características, causas requisitos y procedimiento de la expropiación para así tratar la expropiación de que habla el artículo 59 de la carta constitucional.

CAPITULO PRIMERO:

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL DERECHO COMPARADO

1. Periodo Romano

La noción de propiedad es concebida con la relación del hombre y la naturaleza a su vez del provecho que este obtenga por los bienes que esta última le proporcione , para iniciar con el análisis de la evolución histórica del derecho de propiedad privada se explica la terminología y etimología del mismo al respecto Valencia) afirma :

La dicción más antigua para designar la propiedad es *mancupium o mancipium*, de *manu capere*, es decir adquirir alguna cosa haciéndolo con la mano y por medio de la fuerza ya que en la antigua Roma esta era una causal constitutiva de derechos, para la época el derecho real de propiedad se atribuía al dueño por la razón de que adquirió el bien por medio de la fuerza bruta. (2015, p. 363)

Otro vocablo importante para comprender el concepto estudiado es dominio de *dominium*, esta antigua institución jurídica surge en el derecho Romano con el *dominus* es decir la atribución de ser el señor, amo y dueño de un bien ello implica para la persona ejercer la autoridad como dueño de un bien, esta noción es complementada por Valencia quien menciona lo siguiente:

El dominio es la esencia de la propiedad privada... dice que este concepto viene de *dominus* señor amo y dueño. Indica por consiguiente el señorío, poder, poderío o potestad del dueño sobre una cosa corporal". Para los Romanos el dominio es el derecho sobre una cosa corporal

la cual confiere a su dueño el pleno poder sobre la cosa, aunque ese poder puede quedar sujeto a limitaciones. (2015. p.363)

En el antiguo derecho Romano se menciona el termino propiedad el cual se relaciona con *proprium* estos términos quieren dar a entender, lo perteneciente a alguien, lo propio , lo personal y lo individual, desde esta época tiene la categoría de derecho real pues se caracteriza por que otorga poderes jurídicos de una cosa a su dueño, para este entonces su efecto al titular es erga omnes , es decir ningún tercero podía limitar el derecho de propiedad al dueño sin justa causa ni mucho menos obtener alguna utilidad del bien sin la autorización del titular; para los Romanos una descripción plena del derecho de propiedad equivale al tener , poseer , usar gozar y disponer de una cosa corporal al respecto Valencia afirma:

La propiedad es un poder jurídico total, que el titular ejerce directamente sobre una cosa corporal lo que en otros términos puede determinarse como el *ius utendi , fruendi abutendi*. ... de antemano hace el autor una advertencia y es que estos derechos tienen pleno ejercicio dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico de la época, sin ser contrario a la Ley y al derecho ajeno. (2015, p. 364)

De este modo cabe decir que hay dos puntos de vista en que los Romanos vislumbraron para el entendimiento del derecho a la propiedad, el primero de ellos representado por las utilidades ganancias provechos que entraña el derecho a la propiedad a través del uso goce y disposición de la cosa corporal es decir los atributos de la misma; de otro punto de vista tenían claro, las limitaciones impuestas a la propiedad por el ordenamiento es decir que el ejercicio de este derecho no sea contra la Ley o contra el derecho ajeno.

La historia ha dejado en claro como los Romanos establecieron jurídicamente los atributos del derecho a la propiedad, estos son explicados por Valencia (2015) quien afirma en su estudio:

Uso quiere decir que el propietario tiene la capacidad para servirse y utilizar la cosa en su conveniencia, el goce se entiende como el derecho que tiene el propietario para apropiarse de los frutos que la cosa produzca bien sabemos que pueden ser civiles o naturales, la disposición recae en el titular del bien quién podrá enajenarlo o disponer de ella modificándolo o consumiéndolo. (p.365)

La estructura jurídica Romana pilar de las normas actuales nos permite realizar el siguiente análisis y es que el propietario podría desprenderse del uso y del goce del bien para ser un nudo propietario, pero si dejare aun lado su disposición dejaría de ser el titular del derecho real de dominio. Como se dijo anteriormente en Roma existieron limitaciones a la propiedad, unas impuestas por el derecho positivo de la época y otras por la voluntad y acuerdos del antiguo ciudadano Romano, lo que puede entenderse como derechos reales en cosa ajena, a excepción de las servidumbres legales e hipotecas legales, que aunque constituyen derecho real en cosa ajena, no se originan por un acuerdo entre partes sino en el derecho positivo.

Las limitaciones legales que existieron en Roma al derecho de dominio por medio del derecho positivo fueron por motivos de utilidad pública o interés social como la expropiación, las servidumbres legales, los impuestos, los motivos edilicios, los motivos de higiene, los motivos de incolumidad publica, los motivos de tranquilidad pública, y los motivos de bienestar público.

Un aporte valioso para entender el contexto histórico y evolución del concepto de propiedad es el que brinda Bonafonte (citado por Herrera 2003), en su artículo

límites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia revista de derecho universidad del norte año 2003 el cual dice que “la propiedad entraña un poder tan amplio, que no es posible reducir a un cuadro la serie de facultades que encierra: derecho de usar, de disfrutar, de enajenar, de reivindicar” (p.58).

En el derecho Romano fue admitido el ejercicio de este derecho sin limitación alguna, al punto que se reconoció derecho al propietario de un fundo para utilizarlo aún en detrimento de terceros, siempre que hubiere ejercido su derecho sin el propósito de causarle daño. Posterior a un periodo donde prevaleció el carácter de absoluto del derecho de dominio el legislador Romano estableció determinadas limitaciones a este derecho, la siguiente información se expone con el propósito de ampliar y detallar la anterior información.

Limitaciones por razones de vecindad Se establecieron en virtud de la necesidad de conciliar o concertar derechos similares que ejercían los vecinos, En la Ley de las XII tablas se estableció el derecho del propietario de un fundo a entrar en el del vecino para recoger las bellotas del propio árbol, caídas en éste. Además Si las ramas de un árbol se extienden sobre el fundo vecino, el propietario de éste podía exigir al dueño del árbol que lo podara hasta una altura de 15 pies. Se prohibió que una construcción oscureciera excesivamente la casa del vecino, que se le quitara aire o que se construyera una edificación a menos de 100 pies de las existentes cuando tuviera la primera vista al mar. Se limitó la altura de las edificaciones a no más de 100 pies y ninguna construcción podía ser levantada a menos de 12 pies de distancia. . El dueño de un inmueble que no podía tener acceso a un camino público sin pasar por un fundo ajeno o cuando le era extremadamente difícil, tenía derecho a paso forzoso por aquel predio, sujeto al pago de una equitativa indemnización. El propietario de un predio debía, dentro de lo tolerable, permitir los humos, emanaciones o salida de aguas provenientes de un predio vecino. Estaba permitida la afluencia de aguas pluviales de un predio a otro, siempre que no se realizaran instalaciones o transformaciones que perjudicaran a los vecinos por el incremento de la afluencia. La regla estaba encaminada solamente a garantizar el normal discurrir de las aguas. En

el evento en que la ruina de una edificación amenazara otra propiedad, este último tenía derecho a que se le reparara en forma completa el perjuicio que la ruina causara. En los casos de simple amenaza, el propietario de la edificación peligrosa debía constituir una caución, y en caso de no allanarse a cumplir, el pretor podía otorgar al afectado la posesión del inmueble en ruinas.

Otra clase de limitaciones fueron las establecidas por el derecho público las cuales si se incumplían conllevaban a una sanción como por ejemplo: Le era prohibido al propietario de una construcción demolerla para especular con los materiales. No estaba permitido cremar o enterrar cadáveres dentro de la ciudad. Existía un impedimento para retirar las vigas intercaladas en el edificio ajeno mientras las obras no fueran terminadas. La obligación de los propietarios de fundos confinantes con una vía pública de mantenerla en buen estado, y cuando se hiciera intransitable a causa del descuido en el cumplimiento de tal obligación, se imponía al dueño negligente la pena de sufrir el paso de jumentos por sus predios.

Los propietarios de los fundos ribereños estaban obligados a permitir el *usus públicas riparum* para fines de la navegación. . En la época clásica, las minas ubicadas en un fundo pertenecían a su propietario. Sin embargo, si éste permitía que un extraño se encargara de su explotación, debía pagar una décima parte del producto obtenido al propietario y una cantidad igual al Estado.

Para los Romanos existieron dos instituciones jurídicas que entrañaron la extinción de la propiedad la expropiación y usucapión, la primera de ellas conocida desde los tiempos de la republica perteneciente al derecho público de la época la cual nunca fue objeto de regulación expresa, su uso dependía de la discreción de los magistrados quienes se mostraban reacios a aplicarla, lo hacían cuando ya se habían agotado todos los recursos con el fin de salvaguardar la propiedad. La usucapión o la prescripción adquisitiva de dominio propia del derecho privado consistió en el despojo de la propiedad a su titular para entregársela al poseedor quien

efectivamente había estado explotando la cosa exigiéndosele tiempo de posesión justo título y buena fe. (*Valencia 2015 pag. 367*).

Es importante resaltar que desde la antigua Roma está claro que la enajenación o tradición hecha por quien no es dueño de la cosa no produce efectos para el verdadero dueño, a quien se le tutela su derecho en contra de terceros adquirentes de buena fe, de esta manera se aplicó el principio de que nadie puede transferir a otro más derechos de los que él tiene. Cabe destacar que en Roma la propiedad tuvo carácter individualista, pues el concepto de una propiedad múltiple o colectiva sobre la totalidad de una cosa o las partes integrantes de esta fue rechazado, en otras palabras el derecho Romano no favoreció la copropiedad.

Para saber de qué se es dueño o explicar aún mejor sobre que bienes se ejercían la titularidad de dominio en la antigua Roma es importante mencionar primero que categorías de cosas existían en la antigua Roma es imperativo mencionar las cosas en el derecho Romano, por qué esta civilización desde esa época ya le daba un valor jurídico a todos los objetos que los rodeaban y las cuales usaban los ciudadanos. Por esta razón clasificaron todas las cosas en cosas dentro del comercio y las que no estaban dentro del comercio, en el cual a pesar de tener un valor de uso, tenían un valor comercial en caso de las que son dentro del comercio, y tenían también un efecto jurídico como su uso para cada persona.

La palabra *res cosa* en el derecho significaba todo lo que pudiera ser objeto de derechos, pero habían cosas que no podían ser objeto derecho privado que no podían pertenecer al patrimonio privado de los hombres. Entonces habían cosas en el patrimonio *res in patrimonium* y cosas fuera del patrimonio *res extra patrimonium*, las que importan para el tema de investigación son las *res humani juris* cosas del derecho humano.

Cosas Comunes res común: Eran las cosas cuya propiedad no pertenecían a nadie y su uso eran común a toda la humanidad eran, por tanto, susceptibles de apropiación individual. Ejemplo: El aire, el mar.

Cosas Públicas res publicae: Eran las cosas cuyo uso era común a todos, pero limitado al pueblo Romano. Con exclusión de los pueblos. Ejemplo: Las vías pretorianas o consulares, los puertos, las corrientes de agua que nunca llegaban a secarse.

Cosas Universales res universitatis: Eran las pertenecientes a ciertas personas morales, como las ciudades y las corporaciones, que por su destino público no eran objeto de propiedad particular o individual. Ejemplo: Los teatros, las plazas, los baños públicos.

Cosas Privadas o Singulares res private o singularum: Eran todas las cosas susceptibles de propiedad individual y privada que entraban a formar el patrimonio particular de las personas se llamó también bienes del *latín bona* porque eran destinados al bien particular de las personas.

En Roma se clasificó la propiedad de la siguiente manera, la propiedad quiritaria de la cual solo podían ser titulares los ciudadanos Romanos, la propiedad peregrina, este concepto está basado en la limitación impuesta dentro del mismo territorio Romano de no ser titular de la propiedad a quien no tuviese la ciudadanía Romana; en el suelo provincial es decir las provincias conquistadas por el imperio Romano fuera del Estado italiano no se podía configurar la propiedad quiritaria ni siquiera por quien tenía el estatus de ciudadano podría adquirir esta propiedad por fuera del suelo

Romano sino únicamente una posición a este fenómeno se le denominó propiedad provincial .

La adquisición de la propiedad en Roma dependía de un negocio solemne denominado *mancipatio o in iure cessio*, por otra parte el pretor protegía a quienes habían pretendido adquirir una propiedad sin el lleno de formalidades es decir sin celebrar la *mancipatio o el in iure cessio* si no por una simple tradición del vocablo latín *traditio* significativo de negocio jurídico que no es solemne o formal , de esta manera surge la *propiedad pretoria o bonitaria* con la que se estableció que la cosa estaba dentro del patrimonio de alguien, protegida por el pretor .

Quien tuviese la propiedad pretoria estaba encaminado a adquirir la propiedad quiritaria por medio de la usucapión, todo después de que el dueño bonitario hubiese poseído la cosa durante un término de dos años.

Es importante entonces comprender como evoluciono el concepto de propiedad privada en Roma junto con las características esenciales que entrañaron este derecho para los Romanos, al respecto el reconocido autor Novoa (1979) expone las siguientes características :

- A. Las facultades del dueño, expresadas en los términos *usus, fructus y abusus*, tiene un contenido muy amplio, imposible de ser precisado de manera taxativa
- B. El señorío sobre la cosa se califica de absoluto, general, independiente, pleno, universal , ilimitado y exclusivo
- C. La pertenencia es directa de la cosa al a persona
- D. La naturaleza del dominio corresponde jurídicamente al de un derecho real esto le asigna las características propias de los derechos reales. (p. 8)

2. Periodo de la edad media.

Posterior al periodo Romano esta la edad media en la cual se sabe que la propiedad se basaba en la posesión y explotación de la tierra y los feudos existentes para la época, Huberman dice lo siguiente:

Cada propiedad feudal tenía un señor, comúnmente se dijo del periodo feudal que no había señor sin tierra ni tierra sin señor. En esta época la tierra de un señor feudal estaba dividida en dos partes un tercio del total perteneciente al señor y llamada su heredad y la otra parte en manos de los arrendatarios que hacían un trabajo agrario y en proporción a este trabajo agrario recibían una pequeña porción de tierra para vivir con su familia, toda la organización social de la época se basaba en un sistema de servicios y obligaciones mutuas desde lo más alto hasta lo más bajo. Quien fuese dueño y señor de un feudo les debía a sus siervos la protección y darle al menos un pedazo de tierra para su vivienda a cambio de los servicios de agricultura y servidumbres que estos le brindasen en sus predios. (1961, p. 10)

Según esa estructura, la propiedad pertenecía entonces solo al señor feudal en su totalidad quien podía disponer de ella y dividirla en fracciones a las cuales se les asignaba una familia de siervos que trabajarían en ella como contraprestación a cambio de que el señor le permitiría el uso de una fracción de su tierra para la vivienda y obtener los alimentos generados al explotar la tierra, Huberman (1961) expresa que “la posesión de la tierra no significaba que pudieran hacer con ella lo que le viniese en gana , como pueden hacerlo hoy , implicaba determinadas obligaciones , que debían ser cumplidas de lo contrario el señor podría revocar la posesión del siervo (p. 15).

La forma en que los señores feudales se hacían a su propiedad era mediante la cesión de tierras que un conde le hacía al señor feudal, el conde a su vez se hacía a la propiedad a través de la cesión de algún duque y el duque por medio de la de un rey Huberman (1961).

Por otra parte existía otra manera de hacerse con las tierras legalmente y esta era practicada por la iglesia a través de las capellanías en las cuales un dueño de algún terreno entregaba su titularidad a algún obispo eclesial a cambio de que el funcionario del clérigo ofreciere varias misas y oraciones para la salvación de las almas de quien daba el terreno y su familia, de este modo la iglesia pudo obtener gran parte de sus riquezas y propiedades pues ahí que mencionar el gran temor que tenían los habitantes de la época medieval por el purgatorio o el infierno y para salvar su alma cedían sus propiedades a la iglesia lo cual resulto ser muy conveniente para esta institución.

3. Periodo del renacimiento.

Con la revolución francesa y la constituyente del mismo país con fecha del 4 de agosto de 1789 se elimina la complejidad feudal en materia de propiedad y regresa la simplicidad del derecho Romano, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de agosto de 1789, en su artículo 2 reza lo siguiente:

La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión

De este modo se le reconoce al ser humano el derecho a la propiedad como un derecho natural del mismo sin importar su raza, condición, ni sexo.

La misma Declaración en su artículo 17 establece que:

Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de que haya una justa y previa indemnización.

Este artículo nos da a entender que la población francesa del momento tenía claro que el derecho a la propiedad no está por encima de la necesidad pública y que el mismo podía ser limitado con justa causa y previa indemnización.

El artículo 544 del código civil francés de 1804, define a la propiedad como “el derecho de usar y disponer de las cosas de la manera más absoluta”, una definición que es acorde a los ideales del liberalismo del siglo XVIII, al respecto Josserand (citado por Herrera 2003) señala que: “desde cualquier punto que se contemple el horizonte jurídico, la propiedad corporal unitaria se nos aparece como un derecho intenso, intangible y sagrado, como la proyección misma de la personalidad humana en el campo patrimonial” (p.63)

En relación con los atributos de la propiedad, el propietario tiene sobre la cosa todos los poderes imaginables, ejerciendo sobre éstos una verdadera soberanía, sobre la cual se sustenta el artículo 544 del Código Civil colombiano además su derecho a la propiedad privada empieza a gozar en este periodo de una serie de garantías constitucionales y legales que aparecen en los estados modernos que le permiten al dueño sentir la protección que brinda el estado al derecho de la propiedad privado llegándolo a asociar incluso con una manifestación plena de la libertad. Aunque la anterior es una visión idealista y política acerca del derecho de propiedad privada hay que hacer claridad en cuál es la realidad jurídica en que se ha visto inmerso este derecho el cual ha sido preconizado desde el periodo romano como un derecho real absoluto pero en realidad este carácter de absoluto tiene sus límites

En el mundo jurídico nada es realmente absoluto, de tal forma que las facultades jurídicas se encuentran limitadas por igualmente respetables aspiraciones que buscan reivindicar ciertos valores. En tal sentido, con carácter excepcional, justifica la existencia de limitaciones a la propiedad que se derivan de ese mismo derecho, de su espíritu y de su objeto, como ocurre con la teoría del abuso del derecho, restricciones especiales establecidas en interés de la colectividad, las que se imponen por el interés de la propiedad vecina y aquellas que se establecen por la propia voluntad". (Josserand 1950, p.81)

Una de las transformaciones del derecho privado napoleónico, es el paso de la concepción de propiedad privada como derecho subjetivo a la propiedad como obligación en cuanto a la función social, durante el periodo de la revolución francesa se sostuvo una visión que más que derechos tanto individual como colectivamente tenemos obligaciones, las cuales se imponen tanto a los gobernantes como a los gobernados; toda persona tiene una función social que cumplir y en materia de propiedad quien la adquiere debe cumplir con unos deberes sociales que garantizan la prosperidad y la grandeza de la sociedad; Duguitenen (citado por herrera 2003) analiza lo siguiente :“El Derecho de propiedad es absoluto. Absoluto con relación al poder público, que únicamente puede realizar algunas restricciones por interés de policía pero que no puede tocar en el más, que habiendo pagado una justa y previa indemnización” (p. 63).

Este derecho es absoluto en sus efectos con relación a los individuos, entendiendo que el propietario puede legítimamente realizar sobre las cosas, actos que no vulneren el derecho ajeno al momento del dueño hacer uso de su derecho a la propiedad privada.

En el mismo sentido Duguitenen afirma que:

Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él

puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza (1973, p.173-174).

De este modo se puede llegar a la conclusión de que con el inicio del constitucionalismo moderno en el siglo XVIII la propiedad tuvo especial protección por el legislador y se le reconoció también su carácter de limitable y no de absoluta en cuanto a la necesidad y utilidad pública que pueden hacer ameritar una limitación al derecho de dominio en razón a la pregonada función social de la propiedad , además de ello se le reconoce el carácter de social a la propiedad lo que implica que cada propietario está en pro de cumplir unos deberes sociales al ejercer su derecho de propiedad como ciudadano que suma su patrimonio a la riqueza general de cada nación , y haciendo un uso adecuado del mismo derecho es decir sin perjuicio a terceros o aun peor ejercer el derecho de dominio en perjuicio a una comunidad.

Una síntesis de los matices que adquirió este derecho durante este periodo histórico puede darse a entender con claridad teniendo en cuenta lo dicho por Monreal quien expone la siguiente concepción:

La propiedad se convierte en un derecho sagrado e inviolable cuyo rango político queda asignado en mismo nivel de la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión , recibe el carácter de derecho natural e imprescriptible del hombre , la libertad era entendida bajo el concepto de ser libre ejerciendo el señorío sobre los bienes pertenecientes a su respectivo dueño, en este periodo la finalidad de la propiedad es asegurar a cada hombre libre un espacio vital particular e independiente de toda voluntad ajena , en este periodo la propiedad es concebida como instrumento de la libertad y garantía de la dignidad (1979, pp. 14-15)

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Para dar inicio a esta otra sesión de la monografía hay que decir primero que se analizarán dos momentos El derecho a la propiedad antes de la Constitución Política de 1991 y el derecho a la propiedad después de la Constitución de 1991 en Colombia

2.1 El periodo de la República

Para entender la concepción del derecho a la propiedad antes de la Constitución de 1991 se estudiara las normas con respecto a propiedad creadas en Colombia durante el periodo de la república, este periodo es posterior a la conquista española la cual introdujo consigo el derecho de dominio en América. Para 1810 con la independencia muchos españoles pierden el dominio de sus bienes el cual era adjudicado por la corona española a los conquistadores, este periodo de tiempo es conocido además como la Gran Colombia en el cual la propiedad de los bienes existentes para el momento en Colombia pasa a manos del ejército patriota, a manos de una fracción de la población y además se adjudican las tierras pertenecientes a los indígenas. Este periodo de tiempo abarca desde el año 1821 al 1831, en este lapsus de tiempo se crearon dos Constituciones la de 1821 y la de 1830. El Artículo 3 de la Constitución de 1921 establece que:

Es un deber de la nación proteger por Leyes sabias y equitativas la Libertad, la Seguridad, la Propiedad y la Igualdad de todos los Colombianos.

A su vez el Artículo 177 de la misma, estipula que:

Ninguno podrá ser privado de la menor porción de su propiedad, no esta será aplicada a usos públicos, sin su propio consentimiento, o el del Cuerpo Legislativo. Cuando alguna publica necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún Ciudadano se aplique a sus usos semejantes, la condición de una justa compensación debe presuponerse.

La Constitución de 1830 en el Artículo 146 dice que,

Ningún colombiano puede ser privado de su Propiedad, ni de ésta aplicada a ningún uso público, sin su consentimiento. Cuando el interés público legalmente comprobado así lo exija, el propietario recibirá previamente una justa compensación.

En el momento en que Colombia es conocida como la nueva granada, funcionaba en nuestro territorio un modelo de gobierno republicano el cual era regido por tres constituciones vigentes para la época la de 1830 la de 1843 y la de 1853.

El Artículo 193 de la Constitución de 1830 plantea que:

A excepción de las contribuciones establecidas con arreglo a esta Constitución o a las Leyes, ningún granadino será privado de la menor porción de su Propiedad, ni ésta aplicada a ningún uso público sin su propio consentimiento. Cuando alguna publica necesidad legalmente comprobada, exigiere que la propiedad de algún granadino se aplique a usos semejantes, la condición de una justa compensación debe presuponerse.

Por su parte la Constitución de 1843, Artículo 162 dice que:

A excepción de las contribuciones establecidas por la Ley, ningún granadino será privado de parte alguna de su propiedad para aplicarla a usos públicos, sin su libre consentimiento; a menos que alguna pública necesidad, calificada tal con arreglo a la Ley, así lo exija, en cuyo caso debe ser indemnizado de su valor.

La Constitución de 1853 Artículo 5 establece que:

La República garantiza a todos los granadinos: (...) 3. La inviolabilidad de la propiedad; no pudiendo, en consecuencia, ser despojado de la menor porción de ella, sino por vía de

contribución general, apremio o pena, según la disposición de la Ley, y mediante una previa y justa indemnización, en el caso especial de que sea necesario aplicar a algún uso público la de algún particular. En caso de guerra esta indemnización puede no ser previa.

La Constitución Política de la Confederación Granadina de 1858 artículo 56 numeral 3 manda que

La Confederación reconoce a todos los habitantes y transeúntes: 3. La propiedad, no pudiendo ser privado de ella sino por vía de pena o contribución general, con arreglo a las Leyes, y cuando así lo exija algún grave motivo de necesidad pública judicialmente declarada y previa indemnización. En caso de guerra, la indemnización puede no ser previa, y la necesidad de la expropiación puede ser declarada por autoridad que no sea de orden judicial. Por lo dispuesto en este inciso no se entiende que pueda interponerse la pena de confiscación en caso alguno.

La misma disposición fue introducida en la Constitución de 1863, artículo 15 numeral 5. Lo cual en realidad fue un aporte importante ya que impone unos parámetros para hacer justa la limitación de la propiedad como lo es la de un motivo de necesidad pública judicialmente declarada, además de ello se asume que es prohibida la pena de confiscación.

2.2 La Constitución Política de 1886

Las disposiciones iniciales sobre los derechos de propiedad y sobre la expropiación como tal, fueron consagradas en los Artículos 31, 32 y 33 de esta Constitución de la siguiente manera:

Artículo 31:

Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las Leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por Leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una Ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma Ley; el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al Artículo siguiente.

Artículo 32:

En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las Leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación.

Artículo 33.

En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización. En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las Leyes. La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

Por su parte, el Código Civil colombiano expedido en 1873 de Andrés Bello su artículo 669 estableció que

El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra Ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad". Además en su artículo 671 reconoce el derecho a la propiedad intelectual citando lo siguiente "las producciones del talento o del

ingenio son una propiedad de sus autores. Este tipo de propiedad se regirá por las Leyes especiales”.

Del primero de los artículos citados se puede desprender un análisis que reconoce los orígenes Romanos de esta institución ya que fue concebida como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo , en la actualidad esta concepción ha cambiado debido a la función social de la propiedad por medio de la cual se ha reconocido el carácter de limitable al derecho de propiedad privada ,el análisis que se puede realizar según estos artículos el derecho de propiedad es constituido por tres elementos esenciales, ellos son: el primero es el derecho de servirse de la cosa para todos los usos no contrarios a la Ley , dice además que el uso puede ser personal y para utilización económica ello implica un reconocimiento de derechos civiles políticos y económicos desde una norma civil , el segundo elemento es el derecho de hacer fructificar la cosa y obtener , como consecuencia , los frutos y productos de la misma , el tercer elemento es el derecho de disposición de la cosa , bien sea material (consumiéndola , destruyéndola) , o jurídicamente enajenándola.

El derecho de propiedad puede extenderse a los derechos accesorios de la cosa entendiendo por estos todos los frutos y productos, el suelo el subsuelo y todas las incorporaciones así como las aguas. es factible argumentar que este es un derecho de carácter exclusivo lo que quiere significar 2 cosas , la primera que únicamente el propietario tiene el uso el goce y la disposición del bien por lo tanto este es un derecho oponible a cualquier persona, la segunda que la propiedad es individual a no ser de que se trate de propiedades comunitarias o colectivas , la Ley admite la copropiedad pero protege la propiedad individual y la copropiedad como si fuera una sola , también se le atribuye a la propiedad como un derecho perpetuo pues este se transmite más allá de la vida , perdurando en la medida de la existencia de la cosa , porque puede transmitirse a los herederos .

Más adelante se modifica la Constitución mediante acto legislativo N°01 de agosto de 1936, en el artículo 10 del mismo se estableció:

Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las Leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, las cuales no pueden ser desconocidas ni vulneradas por Leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una Ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma Ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber, expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara.

Este artículo de la Reforma Constitucional de 1936 reconoce la capacidad para ejercer el derecho a la propiedad por parte de personas jurídicas y naturales reconoce los conceptos de utilidad pública e interés social , reconoce la prevalencia del interés público sobre el privado y la función social de la propiedad como carga de obligaciones a su titular , además de esto reconoce la expropiación mediante sentencia judicial y con previa indemnización y añade que por razones de equidad no habría indemnización siempre y cuando el caso se sometiera a votación por mayoría absoluta de las dos cámaras.

2.3 El derecho de propiedad a la luz de la Constitución de 1991.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se imponen principios constitucionales de un estado social de derecho es decir aquel garantiza estándares mínimos de salarios, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad. Además

introduce el concepto de derecho fundamental al respecto la corte constitucional en t 406 de 1992 considera lo siguiente:

“Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial”.(T-406 1992 magistrado ponente *Ciro Angarita Rendón*)

En el artículo 58 se estableció el derecho de propiedad, en los siguientes términos:

Se garantiza 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 motivo de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en los que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.

Según la Sentencia C-306 de 2013 emitida por la Corte Constitucional colombiana, el artículo 58 de la Carta desarrolla unos principios que esta corporación ha distinguido así:

“(i) la garantía a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las Leyes civiles; (ii) la protección y promoción de formas asociativas y solidarias de propiedad; (iii) el

reconocimiento del carácter limitable de la propiedad; (iv) las condiciones de preValencia del interés público o social sobre el interés privado; (v) el señalamiento de su función social y ecológica, y (vi) las modalidades y los requisitos de la expropiación” (Sentencia C-306/2013 magistrada ponente María victoria calle correa).

Respecto a este artículo se ratifica la función social que tiene la propiedad la cual implica las obligaciones para el dueño de un bien, esta hace alusión a la explotación, por oposición a la inactividad y que la explotación debe ser de tipo económica, conforme a las normas y a la técnica de acuerdo a la utilización de la misma. Sobre la función social de la propiedad en la Sentencia C-595 de 1999, la Corte Constitucional opina que:

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". *(c-595 de 1999 magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell)*

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se vislumbra que en Colombia hay diferentes clases de propiedad, como son por ejemplo: la propiedad colectiva y que además existe la función social es una limitación al derecho de propiedad, que como se explicara más adelante ejercer el derecho de propiedad privada de modo tal que no contradiga los principios y deberes constitucionales , es decir se sobrepone el interés general y público sobre el privado en la medida de que un particular puede hacer pleno ejercicio de su derecho a la propiedad privada siempre y cuando su conducta no se sobreponga sobre el interés público si no al contrario sobreponiendo la función social sobre el ejercicio del derecho a la propiedad

privada . Otra concepción de la función social de la propiedad es que la misma además de cumplir con los objetivos de satisfacción personal, debe satisfacer necesidades de interés común o social. En ese sentido, Herrera (2003) señala que “solo de la propiedad privada se puede predicar la función social, pues de los bienes públicos y estatales que conforman la propiedad pública se sabe que están destinados al uso común de la población” (p.68).

Otro aporte importante de este artículo 58 constitucional, es que inherente a la función social de la propiedad está la función ecológica de la misma, por lo que no es posible explotar la propiedad en contravía de las normas que protegen el medio ambiente. La función ecológica es preventiva en la medida en que el dueño de la propiedad tendrá que cuidarse de usar la propiedad en perjuicio de la comunidad y del medio ambiente, lo cual implica también una limitación al derecho de dominio, como se explicará detalladamente más adelante.

El mismo herrera en su ensayo realiza una exposición sobre las clases de propiedad establecidas en la Constitución Política de 1991 señala que existen tres clases de propiedad: la estatal, la pública y la privada y que la propiedad privada se subdivide en individual y colectiva (Herrera 2003).

Propiedad pública: son bienes normalmente estatales y excepcionalmente privados que se distinguen por su afectación al dominio público por motivos de interés general relacionados con la riqueza cultural nacional , el uso público y el espacio público esta clasificación de bienes se subdivide en tres vertientes la primera son los bienes fomentados al aumento de la riqueza nacional como por ejemplo el patrimonio nacional cultural, histórico y arqueológico la segunda son bienes afectados al uso público definidos expresamente por la Ley tales como los ríos las playas marítimas y fluviales , puentes y caminos. Y la tercera vertiente son los bienes afectados al espacio público

que son aquellos inmuebles o edificaciones arquitectónicas destinadas por el uso público a satisfacer las necesidades de una colectividad.

Propiedad Privada: es reconocida y garantizada por el artículo 58 constitucional asignándole a la misma una función social y ecológica, esta puede ser individual reglada por el marco general del artículo 58 o colectiva según manda el artículo 329 de la Constitución de 1991 el cual establece que

“Artículo 329: La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La Ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte”.

El referido artículo 329 le da una protección especial al derecho de propiedad de las comunidades indígenas pues establece que “los resguardos indígenas son de propiedad colectiva”, es decir de propiedad común a la población del resguardo revistiendo además a esta propiedad con el carácter de inajenable, imprescriptible e inembargable.

Por su parte, el artículo 330 en su párrafo protege la integridad cultural de estas poblaciones y genera inclusión dentro del sistema de democracia participativa al incluir a los representantes de los resguardos en la toma de decisiones, tal como se observa a renglón seguido:

Artículo 330: (...) la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En

las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Pero en la Constitución y la Ley también se protegen las comunidades afrocolombianas, prueba de ello es que la Ley 70 de 1993 en su artículo 4° estableció que el Estado debía adjudicarles a las comunidades negras las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas señaladas en la Ley, a las cuales se les dio la denominación de Tierras de las Comunidades Negras, y se les confirió expresamente el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

De otro lado, en la Sentencia C-139 de 1996 la Corte Constitucional expone en que consiste la propiedad colectiva de los resguardos manifestando lo siguiente:

Propiedad Colectiva de los Resguardos

El Constituyente de 1991 con el fin de proteger la integridad territorial y cultural de los pueblos indígenas estableció la propiedad colectiva de los resguardos y de las tierras comunales de las etnias asignándoles, entre otros, el carácter de inajenables, de manera que no pueden ser objeto de venta o transacción alguna por parte de ninguno de los miembros que conforman la comunidad indígena. Quiso así el Constituyente defender las tierras de los pueblos indígenas como colectividad sujeta a tratamiento especial.

Así mismo, en la citada sentencia la Corte Constitucional señala quienes se consideran indígenas para la Constitución Política de 1991 diciendo que:

Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como "salvajes", son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala. (C-136 – 1996 magistrado ponente Jorge Arango Mejía)

Se tiene que decir también que la Constitución Colombiana está adherida al bloque constitucional y se deben tener en cuenta los tratados internacionales firmados y ratificados por el gobierno colombiano empezando por el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. ,

El artículo 21 de la convención americana de derechos humanos o pacto de San José establece lo siguiente

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la Ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la Ley.

Mientras que por parte del tema de los derechos de autor, Colombia ha ratificado los siguientes tratados como consta en la página web de la Dirección nacional de derechos de autor derechodeautor.gov.co el convenio de Berna, la convención de Roma, tratado sobre el registro internacional de obras audio visuales y los tratados de la OMPI, todos ellos protegen la propiedad intelectual y los derechos que tiene el autor por la creación de su obra.

Es importante señalar también la evolución del artículo 59 de la carta nacional norma que fue modificada directamente mediante acto legislativo N° 01 de 1999, a través de la cual se eliminó la expropiación en equidad, contenida en los dos incisos finales del artículo . La potencial inestabilidad que generaba la norma a la inversión privada, y especialmente a la extranjera, presionó la derogatoria de los incisos señalados. Esta clase de expropiación se basa en los motivos dados por el legislador para decretar una expropiación sin indemnización, esta norma resulto ser contradictoria a los principios constitucionales pues desconoce en su totalidad el derecho del dueño de un bien de percibir una remuneración con precio justo por el bien expropiado

Frente a este capítulo solo resta explicar el alcance que tiene la propiedad como un derecho fundamental a la luz del ordenamiento jurídico colombiano,

2. 4 Propiedad como Derecho Fundamental

Se entiende que el derecho a la propiedad privada cuenta con protección constitucional y legal, Artículo 58 C.N, haciéndose necesario indagar si dicha protección da herramientas jurídicas que nos permitan establecer el alcance del

derecho de propiedad privada como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano.

Observamos que el derecho de propiedad está ubicado dentro del Título II, Capítulo II de la Carta Constitucional, que contempla los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y en tal sentido, y acudiendo al criterio formal establecido por la Corte Constitucional, en principio, el derecho de propiedad privada no sería un derecho fundamental. Ahora bien, el hecho de encontrar una protección constitucional y una ubicación formal dentro de la Carta Superior puede otorgarle su carácter de derecho fundamental.

Inicialmente las posturas y teorías que plantean la imposibilidad de considerar al derecho de propiedad privada como un derecho fundamental, consideran que se trata de un derecho real de dominio más que un derecho con características universales relacionado con la dignidad humana. El derecho de dominio o de propiedad privada además de ser un derecho de calidad particular o individual, también es un derecho económico y social, toda vez, que permite la apropiación de los bienes de producción y la explotación de las actividades económicas.

De su concepción de derecho económico y social se desprende la idea de que puede llegar a configurarse como un derecho fundamental, pero en su naturaleza misma ésta concepción cambia, porque se nota que el derecho de propiedad privada no es inherente a la persona humana. Según Ferrajoli (*citado por palombella*),

Al hacer referencia al derecho de propiedad es necesario primero mirar si está revestido de **fundamentalidad**, en donde la palabra «fundamental» significa «universal». Por consiguiente, los derechos que, como la propiedad, tienden a «excluir», no son fundamentales, porque, a diferencia de los derechos de libertad, no comportan universalidad (extensión a todos por igual) en alguna medida (1999, p. 551)

No obstante la protección constitucional que tiene el Derecho de Propiedad Privada, ya mencionado por el art. 58 constitucional, se debe observar que dicha protección no hace al derecho de propiedad un derecho ilimitado; así, la Carta Constitucional lo hace ver cuando plantea que “Constituyen límites a la propiedad privada, la utilidad pública o el interés social, de los cuales deriva la expropiación; así como también constituyen límites a la propiedad la extinción de dominio y la confiscación”, y en lo concerniente a sus atributos expresa que es un derecho pleno, perpetuo, autónomo, y exclusivo. (Sentencia C-133 de 2009.MP.Jaime Araujo Rentería)

La Corte Constitucional ha tenido un comportamiento cada vez más dinámico en relación con el tema y a fin de llegar a considerar el derecho de la propiedad privada como un derecho fundamental. Por lo tanto, si hacemos un análisis de la evolución histórica que ha tenido este derecho como un derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia encontramos lo siguiente:

En la Sentencia T-125 de 1994, le otorga una fundamentalidad relativa que consiste en que el derecho de propiedad es fundamental sólo en la medida en que su desconocimiento o vulneración esté relacionado con los derechos fundamentales de la vida, la igualdad y la dignidad humana.

En la Sentencia T-135 de 1994 considera la propiedad privada como un derecho fundamental:

El derecho de propiedad se considera un derecho fundamental, ya que de él se derivan para el accionante, dado el estrecho vínculo existente con aquél, su derecho al trabajo, la subsistencia de su familia y su domicilio inviolable, todos ellos derechos fundamentales de rango

constitucional. En este caso, a la violación de derecho de propiedad se han sumado la vulneración y la amenaza de otros derechos fundamentales que merecen protección inmediata. (Sentencia T-135 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Otra sentencia que refuerza los argumentos de la Corte dice que para que proceda la protección inmediata y efectiva del derecho a la propiedad por vía de tutela, su desconocimiento debe afectar derechos que por naturaleza son fundamentales, como la vida, la integridad física, el trabajo, etc. En este contexto, sólo la conexidad entre el derecho a la propiedad privada y alguno de los derechos fundamentales esenciales en el desarrollo y ejercicio de las condiciones básicas de vida, permiten al juez de tutela, resolver un asunto de esta índole. (Sentencia T-580 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

En síntesis, cuando la vulneración al derecho de propiedad que es considerado como un derecho fundamental traerá como consecuencia jurídica que el podrá ser amparado por vía tutela, para evitar que con su vulneración se afecten derechos como la dignidad humana, la vida digna o el mínimo vital, criterios éstos que determinan la subsistencia de la persona cuyo derecho le sea vulnerado o susceptible de vulneración por parte del Estado o un particular; para ello, el juez de tutela debe evaluar si la acción u omisión cometida por un particular o por el Estado, constituye incumplimiento de los deberes constitucionales de solidaridad, si vulnera o amenaza un derecho fundamental y si la acción de tutela es procedente conforme al ordenamiento jurídico. Si dicha evaluación es positiva, el juez tendrá la potestad de exigir inmediatamente el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución, en aras de la protección efectiva del derecho fundamental amenazado o vulnerado.

CAPITULO TERCERO

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA PROPIEDAD PRIVADA

3.1 Limitaciones de la Función Ecológica

Reconocida por el artículo 58 de la constitución política de 1991 y hace referencia a la prohibición que hace el Estado colombiano al titular de derecho de dominio, más específicamente a la atribución que dicho derecho contiene, que es la posibilidad de que el propietario de un bien pueda explotar el mismo, pero el sentido de la norma es que dicha explotación no este conforme a la normatividad que protege el medio ambiente. Esta prohibición va de la mano con la incursión o incorporación de los derechos constitucionales de tercera generación en donde se establece la protección y se le atribuye una responsabilidad a quienes en la enajenación o cualquier tipo

comercialización de bienes y servicios trasgredan o infrinjan la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios, Al respecto, la corte constitucional ha afirmado que:

Los últimos decenios han puesto en evidencia el hecho de que los grandes riesgos que afectan a las comunidades - e incluso pueden poner en peligro su supervivencia, ya no se limitan a la confrontación bélica o a la dominación tiránica por parte de los gobernantes. La dinámica misma del comercio, de la industria y en general de la actividad económica capitalista, puede convertirse en la causa de males tan graves o peores que los derivados de la violación de derechos subjetivos. Es el caso de la protección del medio ambiente, del espacio público, de los productos que reciben los consumidores, etc. Estos nuevos ámbitos han generado intereses cuya protección resulta hoy indispensable. La doctrina ha agrupado este tipo de intereses bajo el título de intereses colectivos o difusos. (Corte Constitucional, sala primera de revisión Sentencia T-415 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Rendón)

El Código de Recursos Naturales, decreto 2811 de 1974, establece en su artículo 10:

El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social. La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social

Para lo anterior y sustentando esta normatividad mediante la Ley 99 de 1993 se estableció el Sistema Nacional Ambiental, integrado, entre otros organismos, por el

Ministerio de Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales y las entidades creadas en los grandes municipios encargados de regular su propia problemática ambiental, para ejercer funciones de policía encaminadas a preservar el medio ambiente, pudiendo imponer sanciones a los infractores.

La normatividad mencionada toda ella encaminada a proteger el interés social y la utilidad pública, incluyendo a la función ecológica como un presupuesto básico fundamental del interés público, en síntesis le une de una manera estrecha, pudiendo decir que la función ecológica en sí misma es función social, ya que la protección al medio ambiente es la forma más esencial que tiene el individuo o el mismo Estado para la conservación del interés social, y la forma más útil de beneficiar a todo el conglomerado social que compone nuestra sociedad.

3.2 Limitaciones que trae la Función Social

Como se mencionó anteriormente la Constitución de 1991 se adhirió a la postura social que se ejerce en el derecho a la propiedad, considerando que dicha función es necesaria para el desarrollo de una conciencia que traiga más beneficios a la población, en cuanto le limita el derecho a la propiedad a cualquier sujeto que la ejerza, pero dicha limitación no es ni puede ser caprichosa, debe estar fundada en razonamientos lógicos que evidencien que la propiedad debe limitarse en función de

un conglomerado de personas que se pueden ver beneficiadas, sin desconocer los derechos del propietario, derechos que son limitados cuando el bien no cumpla la función ecológica antes mencionada o se necesite dicho bien para satisfacer necesidades comunes. Es por esto que la Carta Constitucional en su artículo 58 establece una limitación al dominio que se justifica en la utilidad pública, sin desconocer los derechos del propietario, el mencionado artículo habla de la expropiación y establece tres formas de llegar a ella

3.3 La Expropiación Administrativa y su Desarrollo Legislativo

Desde la expedición de la constitución de 1936 a la fecha se ha generado normatividad tendiente a regular la expropiación desde el punto de vista de una necesidad para la satisfacción del principio superior de prevalencia del interés general sobre el particular.

Las Leyes y decretos que se han expedido sobre el tema han tratado de definir el procedimiento que se debe llevar a cabo que conforme a unos criterios de necesidad basados en motivos de utilidad pública e interés social que fijan los fundamentos para que el Estado ejerza la expropiación como una limitación al derecho de dominio.

La normatividad arriba mencionada está plasmada principalmente en: el Decreto-Ley 1056 de 1953 Código de petróleos; Ley 135 de 1961 de reforma social agraria ; Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969 (y su decreto reglamentario 1275 de 1970); Leyes 1ª. De 1968 y 4ª. De 1973; decreto Ley 2811 de 1974 Código de recursos Renovables y de protección Medio Ambiente; Decreto-Ley 1333 de 1986; Ley 30 de 1988; Decreto-Ley 2855 de 1988 anterior código de Minas; Ley 9ª de 1989; Leyes 99 de 1993 y 142 de 1994 respectivamente; Ley 160 de 1994, Ley 388 de 1997 y Ley 685 de 2001 nuevo Código de Minas.

3.4 Definición de la expropiación administrativa

La expropiación administrativa es aquella que mediante procedimiento y acto administrativo autónomo, tiene la capacidad de decretar a una entidad territorial para que decrete la expropiación sobre un bien inmueble de propiedad privada, todo esto en beneficio del interés público o social, siempre y cuando prime la urgencia y dicha urgencia este conforme a las Leyes que regulan la expropiación como lo dice la Ley 388 de 1997 la cual modifíco a la Ley 9ª de 1989 en sus artículos 59,63 y 64.

A esta institución jurídica Se le concibe como la potestad jurídica que tiene el estado y que la ejerce por medio de unos entes territoriales los cuales pueden decretar mediante un acto administrativo y otorgándole una justa indemnización al titular de derecho de dominio que se ve afectado con la decisión de la administración. *(Lozano 2004 p .274).*

3.5 Concepto Expropiación Administrativa

La constituyente del año 1991 consagro a la figura de la expropiación unas herramientas para que el Estado colombiano hiciera valer el interés público o interés social por encima de el de un particular, dichas herramientas están fundadas en la búsqueda del cumplimiento y cabal función de los principios fundamentales que la carta de 1991 contiene, principios basados en la concepción de que somos un Estado social de derecho. Sobre la expropiación el artículo 58 de la Constitución Política de 1991 expresa lo siguiente:

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

La expropiación es una institución jurídica que posee un régimen autónomo de derecho público, tanto desde la mirada del procedimiento judicial como el extrajudicial. El hecho de que se involucre a un juez civil que decidirá sobre la expropiación y sobre la Ley que la decreta no le da un carácter de privado ni un carácter mixto ya que dicho juez solo está para hacer cumplir los mandamientos legales y el fundamento de la decisión del juez siempre deberá estar fundado y provenir de una Ley que regule e incorpore motivos de utilidad pública e interés social que cumplan con la finalidad de la expropiación.

La expropiación es una institución de derecho público que se regula por el derecho público lo cual es indiscutible y evidente ya que en el derecho privado no existe ninguna figura que pueda asimilarse a la expropiación. La circunstancia de que la administración tenga que expropiar un bien privado, no dará lugar a pensar que esta figura de la expropiación se regirá por el derecho privado. Por lo que es correcto afirmar que se aplica el derecho público a esta figura.

La doctrina ha desarrollado la figura de la expropiación como un derecho regulado por ambas legislaciones, la pública y la privada, pero que concierne al derecho público bajo las consideraciones constitucionales y administrativas considerar la utilidad pública y el poder que tiene el Estado para transferir el dominio de dicho bien. En cuanto a la legislación privada o civil se considera que esta busca proteger el interés privado de la persona que ejerce derecho de dominio y la medida como se resarcirá la enajenación forzosa a que se vea obligado el particular, el tratadista Bielsa (*citado por lozano 2004*) considera que:

La expropiación al ser su consecuencia esencial el transferir el dominio al estado y que dicha expropiación se da sobre propiedad privada, su regulación adquiere un régimen mixto, de derecho público en cuanto al ejercicio de la administración pública que ejerce su poder y en cuanto al particular o privada en lo concerniente a los derechos del expropiado.(p.274)

3.6. Elementos Esenciales de la Expropiación

En sus inicios la expropiación no estuvo unida al concepto de interés general de la colectividad, ya que primero se habló del concepto de necesidad pública y luego de los usos públicos, lo relevante aquí es que el concepto de interés general encuentra su carácter jurídico, en la necesidad de prevalencia del interés público, sobre cualquier interés particular, todo esto siempre y cuando la finalidad del Estado sea la utilidad que beneficie a un sector de la sociedad y no solo a un individuo. Hablando específicamente del derecho a la propiedad, el Estado debe buscar y garantizar que mediante la propiedad se garantice la utilidad y el interés general por encima del particular, por lo que en la legislación colombiana y la Constitución de 1991 se da la figura donde se da una transferencia forzosa de la propiedad, en donde el titular del derecho de dominio debe ceder ante el Estado, que en sí, vela por garantizar el interés público, llegando hasta el punto de expropiar un bien del particular, cuando el legislador lo crea conveniente, pero este proceso perjudica al titular de derecho de dominio, ya que en la transferencia de dominio no participa su voluntad, el particular se ve doblegado por el poder del Estado, pero tal arbitrariedad debe ser resarcida pagando a la persona que se ve afectada un valor que se ha llamado indemnización, que hace las veces de reconocimiento o pago en compensación.

La expropiación está compuesta de uno elementos que le son esenciales, fundamentos consagrados en el ordenamiento constitucional, en la Ley, la doctrina y

jurisprudencia, que permiten darnos claridad sobre los elementos que le son propios al concepto de expropiación.

Motivos de utilidad pública o de interés social:

Como se menciona en la investigación, estos motivos constituyen el elemento causal y fundamental y el fin último de la expropiación, que hace que ella tenga validez. Lozano la define así:

La expropiación no podrá ser por causas distintas al interés público o social, pues al ordenar la Constitución que tales motivos debe definirlos el legislador, solo predominaran éstos con criterio restrictivo, sin que sea dado a la administración estatal aplicar otros, puesto que desnaturalizaría la figura de la expropiación y generaría un caso de arbitrariedad o abuso del poder (2004, p. 274)

En síntesis los motivos de utilidad pública o de interés social que deben ser determinados por el legislador, constituyen un elemento esencial que siempre debe ser observado, analizado, ya que de no ser así, la expropiación puede ser impugnada por la o las personas que se vean afectadas por la decisión arbitraria que se emitió. Por lo tanto la expropiación será legal y podrá ejecutarse, cuando se fundamente en las causas de utilidad públicas o de interés social.

3.7. Declaratoria de la utilidad Pública e Interés Social

La constitución política 1991 en su artículo 58 inciso final expresa que:

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

Aunque el mismo artículo garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos en la legislación civil, pone por encima de éstos la función social y ecológica que cumple la propiedad y le da la potestad a las entidades territoriales para que puedan adelantar proyectos de interés público y reformas urbanas donde se vea la primacía del interés público y el interés de la comunidad. Esta facultad otorgada tiene que cumplir con el requisito de dar razón y motivación de por qué se expropia, y dar los motivos de utilidad en que se fundamenta la decisión.

En la resolución de expropiación debe exponerse los motivos de utilidad pública antes citados y darse las consideraciones que se apoyan en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997 en donde se consagran dichos motivos, esta Ley modifico a la Ley 9ª de 1989, el artículo 59 de la misma Ley establece lo siguiente:

Además de lo dispuesto en otras Leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la Ley 9ª de 1989. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha Ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades.

Además el artículo 63 de la referida Ley 388/1997, establece que:

Se considera que existen motivos de utilidad pública o de interés social para la expropiación por vía administrativa y ejercer la enajenación forzosa sobre el derecho de propiedad y demás derechos reales que ejerce el particular sobre un bien inmueble, cuando dicha autoridad administrativa considere que hay una urgencia manifiesta y que la finalidad de la expropiación corresponda a las señaladas en las letras a), b), c), d), e), h), j), k), l) y m) del artículo 58 de la presente Ley”.

Otra forma donde se ve la necesidad de la utilidad pública y por ende la expropiación administrativa es cuando se evidencia que en la propiedad del particular no está cumpliendo su función social art. 63 de la Ley 388 de 1997 párr. 2. Asimismo, el artículo 64 de la misma Ley define las condiciones de urgencia que autorizan la expropiación por vía administrativa.

El artículo 65 de Ley que se está tratando define que hay criterios para la declaratoria de urgencia, que son: de acuerdo con la naturaleza de los motivos de utilidad pública o interés social de que se trate, las condiciones de urgencia se referirán exclusivamente a:

1. Precaver la elevación excesiva de los precios de los inmuebles, según las directrices y parámetros que para el efecto establezca el reglamento que expida el Gobierno Nacional.
2. El carácter inaplazable de las soluciones que se deben ofrecer con ayuda el instrumento expropiatorio.
3. Las consecuencias lesivas para la comunidad que se producirían por la excesiva dilación en las actividades de ejecución del plan, programa, proyecto u obra.
4. La prioridad otorgada a las actividades que requieren la utilización del sistema expropiatorio en los planes y programas de la respectiva entidad territorial o metropolitana, según sea el caso.

La Ley de reforma urbana le dio la competencia para expropiar a la nación a la entidades territoriales, áreas metropolitanas y asociaciones de municipios siempre y cuando se cumplan los requisitos antes mencionados sobre la utilidad pública o interés social adicionándole la planeación urbana a que toda expropiación debe someterse.

En la Ley 9ª de 1989 no solo se establecen obligaciones para la entidad pública o el particular, ya que esta Ley en su artículo 33 establece obligaciones para la administración de con los bienes expropiados bajo la enajenación forzosa, se le dé cumplimiento al fin por el cual fueron expropiados, fines que debieron estar manifestados, y que el plazo que se consagra para tales fines no puede exceder de 5 años, ya que de llegar a sobre pasar éste límite, el particular expropiado tiene derecho de preferencia sobre la adquisición del bien expropiado.

3.8 Bien expropiable

Objeto sobre el cual recae la expropiación, el cual debe ser un bien inmueble con los derechos reales que lo constituyan, también podrían recaer sobre bienes muebles en cuanto el interés social o la utilidad pública lo soliciten.

El artículo 9 de la Ley 9ª de 1989 en su inciso segundo, modificado por la Ley 399 de 1997 dice cuáles son los bienes susceptibles de expropiación.

Además la Ley 685 de 2001 mejor conocido como el código de minas, trata los bienes expropiables como: bienes inmuebles y los derechos adquiridos sobre los mismos, siempre que sean imprescindibles para el respectivo proyecto, como lo dice el artículo 187 del código de minas; además se dice que son bienes susceptibles de ser

expropiados los inmuebles adquiridos o destinados para el ejercicio de otros títulos mineros vigentes como lo dice el artículo 188 del mismo Código.

3.9 Sujetos de la Expropiación

El expropiante o sujeto activo, el expropiado o sujeto pasivo, y por extensión, la comunidad o sujeto beneficiario.

Titular de la potestad expropiatoria: como se ha expuesto en el trabajo la expropiación tiene que estar fundamentada en la prevalencia del interés general sobre el particular, sustentado en motivos de utilidad pública o de interés social, por lo tanto la potestad de expropiar recae en el Estado, que con sus estructuras de poder, hace posible hace efectiva la posibilidad de expropiar. El Estado puede expropiar o hacerlo por conductos de ciertas entidades que se le conocer como sujeto activo derivado.

El sistema legal colombiano determinada las entidades estatales que por conductos de sus autoridades administrativas puede adelantar el procedimiento expropiatorio y son:

- ✓ El Incoder que según Ley 160 de 1994 corresponde a éste, adelantar y ordenar la expropiación de los predios y mejoras de propiedad privada o las que formen parte del patrimonio de entidades de derecho público.

- ✓ El ministerio del medio ambiente conforme Ley 99 de 1993 artículo 31 que dice lo siguiente:

Le corresponde adelantar ante la autoridad competente la expropiación de bienes por razón de utilidad pública o interés social definidas por la Ley, e imponer las servidumbres a que hubiere lugar, igualmente las corporaciones autónomas regionales tiene la atribución de adelantar ante el juez competente la expropiación, cuando ello sea necesario para la ejecución de sus funciones o de proyectos u obras

- ✓ Ministerio de Minas y Energía conforme al decreto-Ley 1056 de 1953 artículo 87 que dice lo siguiente:

Le corresponde la expropiación en beneficio de personas privadas, naturales o jurídicas, donde el interesado solicita la expropiación de bienes o predios de un tercero que se requieren para el ejercicio de actividades de explotación, industria del petróleo e hidrocarburos. Cuando entre las partes no se llegare a negociación directa, la persona interesada deberá promoverlo ante juez civil del circuito

Además la Ley 685 de 2001 (nuevo código de minas) concede igual personería al concesionario o beneficiario de un título minero que solicite su adelantamiento en fase administrativa, como lo consagra en su artículo 192.

La Ley 388 de 1997 en su artículo 59, dice lo siguiente:

Además de lo dispuesto en otras Leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo

10 de la Ley 9ª de 1989. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha Ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades.

Conforme a lo establecido en el capítulo III de la Ley 9ª de 1989, el director general del instituto colombiano del deporte podrá adelantar directamente o por conducto del gobernador, el alcalde o la entidad pública beneficiaria la expropiación de los inmuebles de que trata el artículo 10 de ésta Ley.(Ley181 de 1995 articulo 26).

3.10 Sujetos expropiados

Los sujetos pasivos en la expropiación, es el titular de derecho de dominio sobre el que recae la expropiación y puede ser persona jurídica o persona natural, sobre cualquiera de ellos.

La Ley 9ª de 1989 en su artículo 16 inciso primero dispone que:

Las personas incapaces de celebrar negocios jurídicos, podrán hacerlo por medio de su representante legal, con el debido permiso del defensor de menores (en caso de menores de edad) y este podrá enajenar los bienes de su representado, sin necesidad de autorización judicial, ni pública subasta.

La Ley 258 de 1996 en su artículo 8 establece:

El decreto de expropiación de un inmueble impedirá su afectación a vivienda familiar. La declaratoria de utilidad pública e interés social o la afectación a obra pública de un inmueble baja afectación a vivienda familiar podrá conducir a la enajenación voluntaria directa del inmueble, con la firma de ambos cónyuges.

3.11 Sujetos Beneficiarios

La comunidad es la que se ve beneficiada al momento de realizarse una expropiación, ya que la entidad que expropia no lo hace para beneficiarse a ella, sino para beneficiar a los integrantes de la sociedad. Por lo que el bien expropiado pasa a ser un bien incorporado al dominio público y excepcionalmente al dominio privado, pero recordando que la expropiación su fin esencial es satisfacer el interés social y por lo tanto su destinación después de expropiados se da para satisfacer tal fin.

También se puede dar que el sujeto beneficiado no sea directamente la colectividad ni que este en cabeza del Estado o una de sus entidades, sino un tercero que puede ser persona natural o jurídica, siempre y cuando esa expropiación haya sido solicitada para cumplir el fin de la expropiación que es hacer valer el interés general y la utilidad pública.

La Ley 160 de 1994 en su artículo 31 nos habla de los sujetos beneficiarios de la expropiación cuando se da con fines sociales agrarios citando lo siguiente:

Podrá adquirir mediante negociación directa o decretar la expropiación de predios, mejoras rurales y servidumbres de propiedad privada o que hagan parte del patrimonio de entidades de derecho público, con el objeto de dar cumplimiento a los fines de interés social y utilidad pública definidos en esta Ley, únicamente en los siguientes casos:

- a) Para las comunidades indígenas, afrocolombianas y demás minorías étnicas que no las posean, o cuando la superficie donde estuviesen establecidas fuere insuficiente;
- b) dotar de tierras a los campesinos habitantes de regiones afectadas por calamidades públicas naturales sobrevivientes;
- c) Para beneficiar a los campesinos, personas o entidades respecto de las cuales el Gobierno Nacional establezca programas especiales de dotación de tierras o zonas de manejo especial o que sean de interés ecológico.

Lozano afirma que:

Los códigos de petróleos y de minas nos informan que el ministerio de minas y energías es la entidad estatal que se encarga de la expropiación cuando sea para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de minerales e hidrocarburos y a su vez podrán ser sujetos beneficiarios de la expropiación los particulares ya sea persona natural o jurídica que quieran cumplir con el desarrollo de las actividades mencionadas. (2004, P.247)

CAPITULO CUARTO

PROCEDIMIENTO DE LOS TIPOS DE EXPROPIACIÓN

4.1 Procedimiento

Se da dependiendo del tipo de expropiación, como lo vamos a ver cuándo se mencionan **la expropiación ordinaria y la expropiación administrativa.**

4.2 Acto administrativo autónomo o sentencia judicial.

Son los dos momentos esenciales que agotan el procedimiento de la expropiación los cuales comprenden: el acto administrativo, que incorpora la resolución por la cual la entidad estatal competente decreta unilateralmente la expropiación y limita o priva al titular de derecho de dominio o al poseedor del bien inmueble, y la Sentencia Judicial que le da fin al proceso al decretar la expropiación del bien.

En estos casos el acto administrativo que profiere la entidad estatal por la cual promueven u ordenan la expropiación, se da para justificar la voluntad de expropiación que genera una resolución que sirve de base para instaurar la demanda de expropiación, ya sea ante la jurisdicción contencioso- administrativa o la ordinaria, según este determinado por la Ley.

4.3 La Indemnización.

La potestad que tiene el estado de expropiar no puede ser absoluta, por el contrario, debe estar condicionada para garantizar el patrimonio del titular de derecho de dominio, ya que éste no se puede ver afectado por decisiones de la administración. La indemnización es la obligación que radica en cabeza de la entidad que realiza la expropiación para responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que ocasione, actos ilícitos que realice y que en el caso de la expropiación la indemnización no necesita pedirse o exigirse, ya que debe reconocerse como una condición que es esencial al proceso de expropiación. Al igual que cuando el sujeto que realiza la expropiación no es una entidad estatal, sino un particular, como la Ley faculta a cierto tipo de particulares que ejercen o quieren ejercer cierta explotación sobre unos bienes que puede generar utilidad pública, todo esto bajo el permiso del legislador el cual permite que un particular pueda solicitar la expropiación cuando sea evidente la utilidad pública o interés social, como se Leyó anteriormente.

La indemnización por expropiación encuentra su razón de ser en la transferencia forzosa que hace el particular al estado, decretada por un acto unilateral de la administración. Por esto la indemnización es el deber ser que trae a norma, con la razón fundamental de reparar al propietario por la pérdida del bien que será expropiado y además constituye la protección del derecho subjetivo del propietario que debe ser compensado económicamente antes de que ocurra la transferencia forzosa.

La constitución política de 1991 exige en cuanto a la indemnización que de ser previa como lo dice su artículo 58 en su inciso final, pero en su artículo 59 inciso primero nos habla de no hay indemnización previa:

- a. Indemnización previa: como lo cita el artículo 58 el precepto de indemnización previa determina un elemento esencial del proceso expropiatorio, no solo imponiendo la indemnización como requisito sino que le da el carácter de ser previa a la transferencia del dominio, es decir que la expropiación no estaría completa hasta que no se haya entregado el valor por concepto de indemnización por el bien expropiado. La indemnización es la protección legal que tiene el particular titular de derechos de dominio y una limitación impuesta al estado.
- b. Indemnización posterior: el artículo 59 de la constitución determina que puede haber expropiación con indemnización posterior, lo cual contempla la responsabilidad estatal por las expropiaciones realizadas, con lo que se interpreta que por ningún motivo se dará expropiación sin indemnización y en caso de ser desconocida posteriormente, podrá pedirse su pago ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
- c.** Indemnización pagadera en dinero: quiere decir que la indemnización debe ser cumplida en dinero o moneda de curso legal y no en bonos de deuda pública ni otra clase de títulos que implique que el pago se hará en plazos largos de tiempo, ya

que estos plazos de tiempo constituirían una oposición a la indemnización previa. El pago que se haga por plazos o con plazo se considerara inconstitucional.

Así que la Corte Constitucional mediante sentencia C-192 de 1998 declaró exequibles el numeral 2º del artículo 4 y el artículo de la Ley 258 de 1996, donde se establece la afectación a vivienda familiar, y que cuando se expropié un bien que este afectado bajo esta figura la indemnización no podrá pagarse mediante bonos o documentos de deuda pública, sino únicamente en dinero que corresponda al valor del inmueble expropiado y de manera previa a la culminación del proceso .(C-192 de 1998 *magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell*)

Debe precisarse que como las normas referentes a la expropiación de predios urbanos y rurales admite o permite que la indemnización previa que menciona la Carta Constitucional se pague en bonos de deuda pública que se redimen o cobran al paso de algunos años. Y cuando hablamos de afectación a vivienda familiar estamos presumiendo que dicha vivienda es la que se tiene para sustento de la familia , y de llegar a causarse un pago posterior por indemnización, dicha familia probablemente no tendrá como reponer dicho valor para adquirir una nueva vivienda en tal sentido la exequibilidad condicionada que se dio en la sentencia c 192 de 1998 del artículo 4 numeral 2º de la Ley 258 de 1996 en el caso antes mencionado se debe condicionar la exequibilidad ya que se habla de familia y dicho concepto hace que el pago deba ser previo y por el 100% del valor del bien expropiado, para que se pueda dar expropiación sobre éstos bienes afectados a vivienda familiar.

4.4 Expropiación ordinaria

Está sujeta a los motivos de utilidad pública o interés social antes explicados los cuales consultaran el interés de la comunidad en específico y de los afectados, que requerirá sentencia por parte de un juez de la republica e indemnización a la o las personas que se vean limitadas en su derecho de dominio. Esta clase de expropiación necesariamente se ven o actúan en ella las tres ramas del poder público, ya que para que se de expropiación debe haber una Ley que la regule y la ordene, la autoridad administrativa es la que determina cada caso en concreto y ve la necesidad de ello y es un juez quien la decreta con base en la Ley que lo autoriza para ello y la petición de la administración con fundamento un unos argumentos que el juez debe estudiar y que estén de acuerdo a la Ley que se expidió.

Esta expropiación consta de dos etapas como lo consagra la Ley y 09de 1989, modificada por la Ley 388de 1997, la primera la llaman una etapa voluntaria donde el órgano administrativo le notifica al titular de derecho de dominio que su bien está dentro de unos presupuesto que dan cumplimiento a una Ley que tiene función pública y que por lo tanto debe ceder, pero aclarando que será resarcido por dicho gravamen o carga que se le impone, de no estar de acuerdo la Ley consagra la

segunda etapa encaminada a obtener la expropiación, mediante un acto administrativo que declare la expropiación y dicho acto debe ser ratificado por juez civil y cumpliendo los requisitos del artículo 339 del código general del proceso.

4.5 Expropiación administrativa

Esta situación se da cuando la urgencia es notoria y la declaratoria de expropiación no da espera. Los artículos 63 y siguientes de la Ley 388 de 1997 reglamentan esta forma de expropiación, como se dijo esta expropiación está sujeta a una declaratoria de urgencia y dicha Ley consagra 4 casos para que ésta pueda darse:

- d. Cuando se requiera precaver la elevación excesiva de los precios de los inmuebles según los parámetros que para el efecto establezca el Gobierno Nacional;
- e. Por el carácter inaplazable de las soluciones que se deben ofrecer;
- f. Por la consecuencia lesiva para la comunidad que se producirán por la excesiva dilación en las actividades de ejecución del plan, programa, proyecto u obra;
- g. Por la prioridad otorgada a las actividades que requieren la utilización del sistema expropiatorio en los planes y programas de la respectiva entidad territorial o metropolitana según el caso.

El acto administrativo que ordena la expropiación administrativa una vez ejecutoriado tiene fuerza ejecutiva a diferencia de la expropiación ordinaria, que cuando se da el acto administrativo no adquiere dicha fuerza, ya que debe ser ratificado por un juez civil conforme al artículo 339 del código general del proceso.

La expropiación administrativa pese a una vez ser declara tiene fuerza ejecutiva, esto no quiere decir que el expropiado no tiene ninguna herramienta para salvaguardar su derecho si injustificadamente fue desconocido o desmejorado ya que tiene la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el precio indemnizatorio reconocido, sin que se pueda controvertir, en todo caso, los motivos de utilidad pública o el interés social.

4.6 Expropiación en Caso de Guerra

Artículo 59 constitucional.

En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización. En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos. El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

En este artículo se impone como principal requisito que sea usada para atender los requerimientos de guerra o como mecanismo para el restablecimiento del orden público y se aparte de una de las principales características de la expropiación, que es la indemnización previa como contraprestación a la necesidad de disponer del bien por parte del Estado, además que el mismo artículo omite la declaración judicial, que es requisito en la expropiación ordinaria, además de mencionar que solo se hará una ocupación temporal del bien y si es necesario se hará uso de los implementos que se encuentre en el bien.

El artículo 59 deja inconcluso o no explica de una forma adecuada a qué tipo de guerra se refiere, ya que tomando en cuenta la historia y situación actual del país, podríamos afirmar que Colombia ha vivido en guerra interna constante. (Solano 2004)

Decreto <u>4628</u> de 2010 (13 de diciembre de 2010)	<p>* Expropiación por vía administrativa con indemnización previa:</p> <ul style="list-style-type: none"> - para la instrucción y reconstrucción de vivienda, y la reubicación de asentamientos urbanos, en las áreas afectadas por la ola invernal - La creación de la infraestructura urbana y
---	--

	<p>rural adecuadas para albergar y dotar de vivienda y de servicios a la población afectada</p> <p>- La reconstrucción o reparación de la malla vial afectada, o la construcción de nuevos tramos</p>
--	---

Conclusiones

La propiedad privada en sus inicios, específicamente en Roma, era entendida como un derecho absoluto donde no cabía contemplación alguna sobre algún menos cabo o quebranto en contra de éste, ni menos podía concebirse que se impusieran limitaciones a éste derecho, concepción que luego iría cambiando, cuando la sociedad va notando la necesidad de que la propiedad privada ceda un poco ante el interés de la común y todo esto va motivando el cambio legislativo y constitucional que va dando el giro hasta llegar a la concepción que se tiene hoy del derecho a la propiedad, una concepción más social, más interesada por beneficiar a un colectivo de personas y no a un solo individuo que ejerza un derecho, como lo es la propiedad.

La evolución histórica que ha sufrido éste derecho ha tenido diversas modificaciones, una de ellas podría verse cuando los romanos por causa de la vecindad de sus predios, empezaron a ver que dicha cercanía causaba problemas, ya fuera porque un predio en el que uno de sus árboles estuviese torcido e invadiendo otro predio, perteneciente a otro titular de derecho de dominio, persona que reclamaría por la invasión que sufre su predio, partiendo que para él también debía ser absoluto su derecho de dominio. Desde ahí las personas que estaban a cargo del estado y de

hacer la Ley, empieza a notar que las prerrogativas que los sujetos titulares de derecho de dominio, chocaban entre sí notaron la necesidad de regular éste derecho y no tenerlo como un derecho tan absoluto. Entonces se empieza hablar de interés público y convivencia social.

En Francia antes de la revolución de 1789, se tenía la concepción del derecho a la propiedad, como un derecho feudal, donde el dueño de las tierras las entregaba para que las trabajaran y le pagaran por beneficiarse del trabajo sobre dichas tierras y es solo después de la revolución cuando se retoma la concepción romana del derecho a la propiedad, tanto que se consagra como un derecho que es natural al hombre y de los más importantes, pero incluyendo la concepción de necesidad pública, necesidad que da la potestad que dicho derecho sea perturbado siempre que dicha perturbación sea indemnizada para quien sufre el daño.

Lo anterior es fundamentalmente la historia que ha tenido y la evolución que ha llegado a tener este derecho, donde actualmente lo concebimos como un derecho absoluto en cuanto no sea vea la necesidad de desconocer dicha característica por razones de necesidad pública y adicionalmente la constitución colombiana ha agregado otros factores que hacen necesaria la limitación al derecho de dominio, como lo es la función ecológica que tiene la propiedad en pro del cumplir con el interés de la sociedad, en pro de hacer primar siempre el interés público sobre el particular.

Con base en la primacía del interés público sobre el particular podemos hablar hoy de una de las limitaciones que consagra la legislación colombiana sobre el derecho de dominio y nos permite hablar de figuras como la Expropiación bien sea por vía judicial o administrativa, figura regulada en el artículo 58 inciso 4 de la constitución en donde regula dicha figura. La expropiación como limitación al dominio y como venta forzosa en contra de la voluntad del titular de derecho de dominio, configura la cesión que hace el interés particular al interés público, pero siempre bajo razones fundamentadas, no por mero capricho del estado. La expropiación genera un daño a la persona ya sea natural o jurídica que sufre expropiación sobre su predio y dicho daño debe ser reconocido y pago por la entidad o particular que expropia.

La indemnización siempre ha estado inmersa en el concepto de Expropiación, ya que es requisito que se pague una justa indemnización, al respecto La Corte Suprema ha concluido que “En ciertas ocasiones dicha indemnización puede cumplir una función meramente compensatoria, en otras, una función reparatoria que comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante, y ocasionalmente una función restitutiva, cuando ello sea necesario para garantizarle efectividad de derechos especialmente protegidos en la constitución de 1991”. En conclusión siempre debe efectuarse el pago de la indemnización para cumplir a cabalidad el proceso de Expropiación ya sea administrativa o judicial, pero vemos que la carta de 1991 en su artículo 59 consagra que podrá haber expropiación en caso de guerra, pero dicha expropiación será por el tiempo que dure la guerra y no habrá indemnización previa. Por lo que en éste trabajo se ha venido mostrando el origen del termino ``expropiación`` y las características,

funciones y requisitos que se le han dado desde su origen hasta el día de hoy, donde se evidencia que ha sido y es requisito para que se de Expropiación que haya indemnización y dicho artículo no lo contempla por lo deberíamos replantearnos si dicho artículo cumple con todos los requisitos para la Expropiación.

Referencias bibliográficas

- Valencia 2015 derecho privado romano p.363
- Valencia 2015 derecho privado romano p.364
- Valencia 2015 derecho privado romano p.365
- Herrera 2003 límites constitucionales al derecho de dominio p.58
- Valencia 2015 derecho privado romano p.367
- Novoa 1979 derecho a la propiedad privada p.8
- Huberman1961 los bienes terrenales del hombre p.10
- Huberman 1961 los bienes terrenales del hombre
- Joserand 1950 derecho civil tomo 1 p.81
- Herrera 2003 límites constitucionales al derecho de dominio p.63
- Duguiten 1973 las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón p.174-175
- Monreal 1979 el derecho a la propiedad privada p.14-15
- T 406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Rendón
- C 306 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa
- C 595 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell
- Herrera 2003 límites constitucionales al derecho de dominio p.68
- Palombella 1999 filosofía del derecho p.551
- C 133 de 2009 M.P. Jaime Araujo Rentería
- T 135 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- T 580 de 2011 M.P. Ignacio Pretest Chadjub

- T 415 de 1992 M.P. Ciro Angarita Rendón
- Lozano 2004 tratado de derecho administrativo
- C 192 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell

Tabla de Contenidos

Resumen	4
Introducción.....	5
Capitulo Primero	
Evolución Histórica de la Propiedad Privada en el Derecho Comparado.....	9
1. Periodo romano	9
2. Periodo de la edad Media.....	17
3. Periodo del renacimiento.....	18
Capitulo Segundo	

Evolución del Derecho de Propiedad Privada en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.....	22
2.1 El periodo de la República.....	22
2.2 La Constitución Política de 1886.....	24
2.3 El derecho de propiedad a la luz de la Constitución de 1991.....	27
2.4 Propiedad como Derecho Fundamental	34
Capítulo Tercero	
Limitaciones Constitucionales La Propiedad Privada	38
3.1 Limitaciones de la Función Ecológica.....	38
3.2 Limitaciones que trae la Función Social.....	40
3.3 La Expropiación Administrativa y su Desarrollo Legislativo.....	41
3.4 Definición de la Expropiación Administrativa.....	42
3.5 Concepto Expropiación Administrativa.....	43
3.6 Elementos Esenciales de la Expropiación.....	45
3.7 Declaratoria de la utilidad Pública e Interés Social.....	47
3.8 Bien expropiable.....	50
3.9 Sujetos de la Expropiación.....	51
3.10 Sujetos expropiados	53
3.11Sujetos Beneficiarios.....	54
Capitulo Cuarto	
Procedimiento de los Tipos de Expropiación.....	56
4.1 Procedimiento.....	56

4.2 Acto administrativo autónomo o sentencia judicial.....	57
4.3 La Indemnización.....	57
4.4 Expropiación ordinaria.....	60
4.5 Expropiación administrativa.....	61
4.6 Expropiación en Caso de Guerra.....	62
Conclusiones.....	65
Bibliografía.....	69