

MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO 15-02-2017 16:06
 Al Contestar GHe Este No. 2017EE0009752 Fol 4 Anex 0 FA.0
 ORIGEN 7200-DESPACHO DEL VICEMINISTRO DE VIVIENDA, JULIAN ANTONIO GUERRERO
 BENAVIDEZ
 DESTINO AMPARO YANETH CALDERON PERDOMO / CONGRESO DE LA REPUBLICA
 ASUNTO RESPUESTA A CONGRESISTAS
 OBS REVISOR CATALINA HERNANDEZ
 2017EE0009752

Bogotá, D.C.

Doctora
AMPARO YANETH CALDERÓN
 Secretaria Comisión Primera
 Cámara de Representantes
 Ciudad

RECIBI
 COMISION I CONSTITUCIONAL
 CAMARA DE REPRESENTANTES
 FECHA 15 de Marzo /17
 HORA 10:35

 FIRMA

Asunto: Memorando con Rad. 2016IE0010390. Observaciones proyecto de Ley 134/16 C "Por medio del cual se establecen medidas para desarrollar el uso del espacio público para la seguridad y convivencia de los habitantes de agrupaciones de vivienda, conjuntos residenciales o multifamiliares y se dictan otras disposiciones".

Respetada doctora Calderón:

En el marco de las competencias asignadas a este Ministerio, a continuación se presentan las consideraciones de constitucionalidad y conveniencia frente al Proyecto de Ley 134/16 C, en los siguientes términos:

En primera medida, debe señalarse que el artículo 1 de la propuesta legislativa, por el que se describe la finalidad de la misma, menciona limitaciones transitorias al acceso al espacio público en orden a garantizar aspectos relacionados con el "derecho de propiedad, con la seguridad, con la prestación de servicios públicos a la comunidad o con el libre desarrollo de actividades culturales o cívicas". Sin embargo, en el resto del proyecto tan sólo se hace referencia a medidas de seguridad, excluyendo todos los demás factores mencionados.

Por otro lado, el artículo 3 tiene como propósito conceder temporalmente el uso de bienes públicos a particulares. Frente a esto, debe resaltarse que por definición, los bienes públicos se encuentran destinados al uso público, tal y como se desprende de lo consignado por el artículo 674 del Código Civil:

*"ARTICULO 674. BIENES PUBLICOS Y DE USO PUBLICO. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.
 Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.
 Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".*

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha mencionado lo siguiente:

"Ahora, **los bienes de uso público propiamente dicho**, que pueden ser por naturaleza o por el destino jurídico, se caracterizan por pertenecer al Estado o a otros entes estatales, **estar destinados al uso común de todos los habitantes, y por encontrarse fuera del comercio**, ser imprescriptibles e inembargables. Están definidos en la ley como aquellos que "su uso pertenece a **todos** los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes públicos del Territorio"¹ (negrilla y subraya fuera del texto original).

Concepto ratificado en sentencia T 314 de 2012:

"(...) De conformidad con dicha norma [artículo 674 del Código Civil], la diferencia entre los bienes de uso público y los bienes fiscales, radica en su forma de utilización. **Los bienes de uso público están destinados al uso general de los habitantes de un territorio**, pertenecen al Estado, pero él no los utiliza en beneficio propio sino que se encuentran a disposición de la comunidad"² (negrilla y subraya fuera del texto original).

Por estos motivos, limitar el acceso a estos bienes por parte de la población contravendría la naturaleza misma de su existencia. Al respecto, vale la pena citar jurisprudencia del Consejo de Estado:

"El arrendamiento no puede recaer sobre los bienes de uso público, pues si una de las características fundamentales de este tipo de cosas corporales es que su uso y goce pertenecen en común a todos los integrantes de la colectividad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente, el arrendador se encontraría en imposibilidad jurídica de garantizar el uso y goce exclusivo de la cosa a favor del arrendatario, porque ello implicaría que terceros ajenos a la convención, es decir, los miembros de la comunidad no pudieran usar y gozar del bien que, precisamente, está destinado al uso público"².

Concepto armónico con lo dispuesto en sentencia anterior:

"Por disposición constitucional dichos bienes [de uso público] son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio¹⁶, y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita.

Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil. De manera que **no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es**

¹ Sentencia C-183 de 2003

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 21 de noviembre de 2012. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Expediente 20523.

contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad³ (subraya y negrilla por fuera del texto original).

Ahora bien, la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de conceder licencias o autorizaciones sobre este tipo de bienes de tal forma que puedan ser usadas por personas concretas y de forma exclusiva, con la condición de que estas licencias sean transitorias⁴. Sobre este punto, el Consejo de Estado ha precisado que ello sólo es viable si respeta y asegura el cumplimiento de los fines constitucionales de estos bienes:

*"La posibilidad de garantizar la destinación del bien a su uso común, podría realizarse a través de acuerdos celebrados entre el Estado y los particulares (como por el ejemplo el contrato de mandato o representación y administración), **siempre y cuando no atenten contra la naturaleza e integridad de los bienes de uso público, sino que por el contrario su objeto sea la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a dichos bienes**".*

En este orden de ideas, se debe resaltar que el contenido del artículo 3 del proyecto de ley en tanto permite el uso y disfrute de bienes públicos puros por parte de un grupo determinado de personas privando al resto, desconoce la naturaleza misma de los bienes públicos puros, pudiendo resultar así inconstitucional.

Bajo estas condiciones, la autorización de ceder espacio público temporalmente para implementar medidas de seguridad, establecida en el artículo 4 de la propuesta legislativa, atenta contra el régimen legal y constitucional estudiado, además de desconocer la primacía del interés general sobre el particular en materia de propiedad privada y espacio público reconocida el artículo 5 de la Ley 9 de 1989:

"ARTICULO 5o. Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 16 de febrero de 2001. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, Rad.: 16596.

⁴ Sentencia C-183 de 2003

expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo”.

Como se puede apreciar, la definición impuesta por esta norma identifica el espacio público con aquél que busca la “satisfacción de necesidades urbanas colectivas” y, a continuación, aclara que por estos motivos trasciende “los límites de los intereses individuales de los habitantes”. En efecto, es tal la relevancia que la Constitución Política reconoce al espacio público, que le ha conferido calidades de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad:

“ARTICULO 63. *Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.*

Así mismo, los artículos 58 y 82 de la Constitución Política dan cuenta de la supremacía que tiene el espacio público y el interés general sobre la propiedad privada y los intereses particulares:

“ARTICULO 58. *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

(...)

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este 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”.

“ARTICULO 82. *Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular (...).”*

En relación con estos aspectos, es importante señalar que la Corte Constitucional en sentencia T-578A de 2011 declaró lo siguiente:

“(...) De lo anterior, podemos colegir que el espacio público y los bienes que lo conforman, por su incidencia en la calidad de vida de los ciudadanos, cuentan con una especial protección dentro de nuestro ordenamiento jurídico

*haciéndolos "inalienables, imprescriptibles e inembargables" y consagrando un **deber en cabeza del Estado, de rango constitucional, de preservar su integridad y su destinación al uso y goce de la colectividad.***

Por tal razón, el uso de los mismos con exclusión de los demás no está permitido, siendo el deber de las autoridades desalojar a quienes de manera ilegal lo ocupen o impidan que este cumpla con su cometido constitucional".

En el mismo sentido se pronunció en sentencia T-437 de 2012:

*"De este modo, la posibilidad de gozar del espacio público se eleva al rango de derecho colectivo específicamente consagrado en la Constitución, la cual exige al Estado velar por su protección y conservación impidiendo, entre otras cosas, (i.) la apropiación por parte de los particulares de un ámbito de acción que le pertenece a todos, (ii.) **decisiones que restrinjan su destinación al uso común o excluyan a algunas personas del acceso a dicho espacio** (iii.) **la creación de privilegios a favor de los particulares en desmedro del interés general.***

*Así, la noción legal de espacio público que alude al "conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes", adquiere un remozado significado en el contexto de la Constitución de 1991. En efecto, no se limita a reconocer la necesidad de planificar y organizar coherentemente el crecimiento de las ciudades, sino que refuerza y hace tangible una de las condiciones para la convivencia en una comunidad a través de la garantía de una infraestructura, **un espacio destinado al uso común, que puede ser disfrutado por todos, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguna persona o grupo de personas, y que se configura como el punto de encuentro de los habitantes de una ciudad o sector urbano determinado.***

(...)

*De esta forma las autoridades administrativas competentes disponen de un margen para expedir regulaciones que preserven el espacio público. No obstante, dicho margen no puede ser ilimitado y absoluto. Varias razones de orden constitucional impiden que así sea. Primero, **como la protección del espacio público se encuentra estrechamente vinculada al ejercicio y goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, el legislador no puede dejar de adoptar las decisiones básicas que constituyan el marco legal de la actuación de las autoridades administrativas.** Segundo, como la regulación administrativa del espacio público ha de regirse por el principio de legalidad, la ausencia de criterios legales genera un riesgo de arbitrariedad en desmedro de los valores que inspiran un Estado Social de Derecho. Tercero, la falta de parámetros que guíen la acción administrativa conduce a que el juez de lo contencioso administrativo carezca de referentes normativos objetivos para controlar la legalidad de los actos administrativos que regulen el espacio público. Cuarto, el principio de separación de poderes impide que el Congreso se abstenga de tomar las decisiones que le competen y opte por delegar en las autoridades administrativas su adopción.*



(...)

Por eso, las disposiciones legales que desarrollan la manera como se articulan la protección del espacio público frente a los derechos de los particulares, deben trazar criterios inteligibles que constituyan una pauta clara de la acción administrativa al respecto, en lugar de acudir a expresiones tan vagas que no ofrezcan un parámetro que oriente a la administración y a los jueces que controlarán sus actos. En estos eventos será preciso que el legislador señale, al menos, las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas. De no hacerlo, la limitación al espacio público y el otorgamiento de licencias a favor de ciertos ciudadanos podría derivar en privilegios o arbitrariedades así como en el desconocimiento de los principios y derechos anteriormente mencionados en desmedro de la destinación del espacio público al uso común.” (negrilla y subraya por fuera del texto original).

Además de los argumentos jurídicos expuestos anteriormente, es preciso señalar que en lo que respecta a la conveniencia de la iniciativa legislativa deberían indispensablemente estudiarse los impactos que sobre el modelo de ciudad podría ocasionar una disminución de espacios públicos abiertos a la comunidad en general, pues ello podría devenir en un aumento de inseguridad y deterioro de las áreas públicas puras –debido a su reducción y a la concentración de personas en áreas cerradas-, por lo que es importante advertir que la medida legal podría generar un impacto global negativo, no deseado para el desarrollo de las ciudades.

Ahora bien, el artículo 6 por el que se establece la obligación de respetar aislamientos en los proyectos de agrupaciones de vivienda o de conjuntos residenciales o multifamiliares, puede devenir inconstitucional, pues usurpa funciones que han sido otorgadas específicamente a los Concejos Municipales por el artículo 313 de la Constitución Política:

"ARTICULO 313. *Corresponde a los concejos:*

(...)

7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”.

Pasando a otro aspecto y con el objetivo de alimentar los debates a los que se vea sujeto el presente proyecto de Ley, se invita a revisar la conveniencia del artículo 7º del proyecto normativo. En efecto, valdría la pena aclarar que las funciones allí reguladas sólo podrán designarse a estructuras administrativas existentes, pues de lo contrario, se requerirán estudios que respalden la viabilidad de la propuesta toda vez que se estarían generando nuevas entidades

En relación con el artículo 8 del Proyecto de Ley, cabe destacar que el plazo de reglamentación impuesto al Gobierno Nacional resulta inconstitucional de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

"Respecto del primer tópico, debe la Sala recordar cómo la jurisprudencia constitucional ha insistido en que someter la potestad reglamentaria a una limitación de orden temporal significa desconocer lo establecido en el artículo 189 numeral 11, superior. Según lo previsto en el referido precepto constitucional, la potestad reglamentaria no solo radica en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa sino que el Presidente conserva dicha potestad durante todo el tiempo de vigencia de la ley con el fin de asegurar su cumplida ejecución. En otras palabras: el legislador no puede someter a ningún plazo el ejercicio de la potestad reglamentaria"⁵.

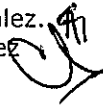
En estos términos, este Ministerio recomienda ajustar el texto del proyecto de ley de acuerdo a las consideraciones anteriormente expuestas, con el objeto de armonizarlo con lo dispuesto por la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Atentamente,



ALEJANDRO QUINTERO ROMERO
Viceministro de Vivienda (E)

Consolidó: C. González.
Revisó: C. Hernández.



⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1005 de 2008

