

Las Cesiones Urbanísticas Obligatorias en la jurisprudencia colombiana. Lecciones sobre su naturaleza y alcance.

Juan Felipe Pinilla Pineda

Presentación

Las cesiones urbanísticas son las porciones de suelo que tienen el deber de ceder los promotores de una actuación urbanística con destino a la conformación del espacio público, los equipamientos y las vías que permiten darle efectivamente soportes urbanos a un desarrollo inmobiliario. Estas cesiones son uno de los mecanismos con los que cuentan los municipios para la obtención de suelos que se destinan a usos públicos. Como consecuencia de los procesos de urbanización, los municipios reciben porciones de terrenos que se destinan a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas: vías, zonas verdes o zonas para equipamientos colectivos.

Esta figura que apareció por primera vez regulada en la Ley 9 de 1989, ha sido objeto de amplias controversias judiciales, debido a que reiteradamente ha sido vista como una forma arbitraria de expropiación sin indemnización que vulnera la protección constitucional del derecho de propiedad.

El análisis de esta figura desde la óptica clásica de las atribuciones al dominio reconocidas por el Código Civil, efectivamente resulta problemática y difícil de encuadrar. Por este motivo, en la base de las discusiones jurisdiccionales que se han presentado al respecto siempre ha estado presente la idea de la falta de contrapartida que supone para el propietario o promotor la obligación de cesión de suelo, sin que se verifique un pago o una retribución, como típicamente ocurre en el caso de la expropiación. Esta discusión ha sido abordada por todas las Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado), quienes han tenido que decidir sobre la constitucionalidad y legalidad de las normas que las consagran y desarrollan o concretan.

La discusión judicial sobre las cesiones urbanísticas ha sido muy amplia y enriquecedora. Como era de esperarse el debate en torno a las mismas no ceso con los debates que se han promovido contra la constitucionalidad de las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997. La inclusión de las mismas en las normas urbanísticas locales ha nutrido de forma muy importante el debate, como lo evidencia el que se ha promovido ante la

jurisdicción contencioso- administrativa contra normas locales expedidas por la ciudad de Bogotá. Esta discusión inicia contra normas adoptadas por esta ciudad antes de la entrada en vigencia de la Ley 9 de 1989 y se dirige siempre fundamentalmente contra la llamada cesión del 7% para malla vial arterial.

El objetivo de este artículo es mostrar en detalle los diferentes momentos y características de la jurisprudencia sobre cesiones urbanísticas, y realizar un análisis de su evolución, mostrando los diferentes hitos y tensiones de la línea jurisprudencial con el fin de establecer el estado actual de tal discusión y la forma en que la mismo ha contribuido a aclarar el alcance de las competencias municipales en materia urbanística y especialmente lo relativo a la imposición de deberes o cargas a la propiedad del suelo.

El Diccionario Jurídico Espasa, define las cesiones obligatorias “como instrumentos de absorción de las plusvalías en el planeamiento general”, cuyo fundamento “reside en la obligación de contribuir el suelo susceptible de edificación a las necesidades y equipamientos urbanísticos que el mismo genera por el hecho de la edificación.”¹

Por su parte, Allan Brewer-Carías constitucionalista venezolano, las define como “una forma indirecta de contribución en especie para hacer revertir a la colectividad –uso público-el mayor valor (plusvalía) que adquiere la propiedad del urbanizador, por el hecho de la urbanización autorizada por el ente municipal.”² En este mismo sentido las definía el inciso 5° del artículo 1° del Decreto 1319 de 1993³, al establecer que “*la cesión obligatoria es la enajenación gratuita de tierras a favor de la entidad correspondiente, que se da en contraprestación a la autorización para urbanizar o parcelar.*”

El debate jurisprudencial en torno al alcance y naturaleza de las cesiones

El análisis de esta figura desde la óptica clásica de las atribuciones al dominio reconocidas por el Código Civil, efectivamente resulta problemática y difícil de

¹ Fuente Diccionario Jurídico Espasa.

² BREWER-CARÍAS, Allan. *Urbanismo y propiedad privada*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 198,

³ Este decreto no se encuentra vigente en la actualidad pero resulta ilustrativa la forma en definía las cesiones urbanísticas.

encuadrar. Por este motivo, en la base de las discusiones jurisdiccionales que se han presentado al respecto siempre ha estado presente la idea de la falta de contrapartida que supone para el propietario o promotor la obligación de cesión de suelo, sin que se verifique un pago o una retribución, como típicamente ocurre en el caso de la expropiación. Esta discusión ha sido abordada por todas las Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado), quienes han tenido que decidir sobre la constitucionalidad y legalidad de las normas que las consagran y desarrollan o concretan.

Los pronunciamientos de constitucionalidad

Los Tribunales encargados de la guarda de la Constitución, es decir, la Corte Suprema de Justicia –Constitución de 1886– y Corte Constitucional –Constitución de 1991– se han pronunciado sobre la constitucionalidad de las mal denominadas “cesiones obligatorias gratuitas” contenidas en La ley 9 de 1989 (Artículos 1, 2 y 7). El primer pronunciamiento⁴ que se produjo fue determinante para aclarar la naturaleza jurídica de esta institución y su ineludible relación con las transformaciones de la propiedad privada.

Los argumentos centrales que dieron pie a la decisión de declarar la constitucionalidad de las cesiones son muy ilustrativos sobre el verdadero trasfondo de esta institución. Al respecto la Corte Suprema⁵ determinó:

“Así las cosas, no puede inferirse del artículo 32 de la Constitución Nacional, competencia legislativa para definir planes de desarrollo urbanístico que no tienen finalidades de planificación de la economía, máxime cuando comportan desplazamiento de la propiedad privada a favor del Estado, la cual pasa a formar parte de los bienes de uso público del dominio eminente de éste. Así ocurre por virtud de la disposición cuestionada, pues las cesiones obligatorias gratuitas con respecto a la entidad pública y

⁴ En esta oportunidad se estudió la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 9 de 1989 que establecía en relación con las cesiones:

El artículo 34 del Decreto Ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) quedará así:

Los Planes de Desarrollo incluirán los siguientes aspectos:

1. *Un plan y un reglamento de usos del suelo y cesiones obligatorias gratuitas, así como normas urbanísticas específicas.*

(...) (Subrayado fuera de texto).

⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, 9 de noviembre de 1989, Rad. No. 1937 MP: Mario E. Duque

que se imponen al propietario, se afectan al servicio de todos los habitantes por estar destinadas exclusivamente a vías de acceso a los predios urbanizados, como los peatonales, zonas verdes y servicios comunales, según el querer de la ley.

Es de suponer por otra parte, que el precio de las fajas o porciones de terreno objeto de las “cesiones obligatorias gratuitas”, refluje a la postre en el precio del terreno restante que aumentará de valor por causa o motivo de las obras de urbanización a emprenderse por el particular. Por ello, para el propietario no resulta enteramente gratuito en la práctica el acto de enajenación que la norma acusada le impone, exigencia ésta que se cimienta en la facultad de control urbanístico del Estado, vasto campo al que se viene extendiendo la noción de orden público.

Por lo dicho la previsión legal tampoco tiene el alcance de un expropiación razón por la cual el legislador no previó pago de indemnización, pues no tiene significación distinta a un acto de enajenación voluntaria, no propiamente donación según se desprende del artículo 1455 del Código Civil que deben hacer los propietarios de los predios con fines urbanísticos de claro interés social, ligados a la función social de la propiedad y que puede exigir el Estado en ejercicio de las facultades que le asiste de dictar normas para planificar ordenadamente el urbanismo de las ciudades y que los Consejos Municipales desarrollan según lo dispone el Estatuto Fundamental (Artículo 197-1)”. (Subrayado fuera de texto).

Lo fundamental de esta sentencia- que constituye la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial sobre esta materia- es el argumento en el sentido de concebir las cesiones como un acto que en esencia no es gratuito porque guarda relación estrecha con el potencial de rendimiento económico que la autorización para la urbanización reporta para el propietario de suelo. En este sentido lo que resalta la sentencia es que existe una clara contraprestación para el propietario al que se exigen las cesiones, consistente en la autorización de la urbanización. Claramente al establecer la naturaleza de las cesiones como una contraprestación, la jurisprudencia aparta la discusión de la órbita de la expropiación y el despojo, y la sitúa en la lógica del moderno derecho urbano, donde las autorizaciones urbanísticas son causa jurídica suficiente para la imposición de cargas, deberes o responsabilidades a la propiedad.

Posteriormente, la misma norma anteriormente estudiada por la CSJ, además de los artículos 1 y 7 de la Ley 9 de 1989 fueron objeto de una demanda de inconstitucionalidad que buscaba confrontar la mencionada institución con la Constitución de 1991. En esta ocasión fundamentalmente el reparo frente a la constitucionalidad de las cesiones se fundamenta en la posible vulneración de las prescripciones sobre protección de la propiedad reconocidas por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que se incorporan al bloque de constitucionalidad a la luz del artículo 93 de la Constitución de 1991⁶. El argumento de la demanda es resumido por la propia Corte en los siguientes términos:

El actor considera que las normas acusadas infringen lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Nacional, pues las cesiones obligatorias gratuitas desconocen la Convención Americana sobre derechos humanos, aprobada por el Congreso de Colombia por medio de la ley 16 de 1972, que prescribe en su artículo 21: "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes", como también que "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".

De acuerdo con tal Convención, y en criterio del demandante, "se debe indemnizar a la persona que se le prive de los bienes y resulta claro entonces que no existen en Colombia cesiones obligatorias gratuitas, por que los derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que priman sobre el derecho interno".

Para abordar el análisis propuesto por el demandante, la Corte parte de establecer si el derecho de propiedad es uno de aquellos derechos que se encuentran directamente protegidos por el artículo 93 de la Constitución Política. Al respecto la Corte encuentra que la protección establecida por tal artículo sólo es susceptible de análisis si se precisa el sentido y alcance de dicho artículo. Al respecto la Corte concluye, "*éste no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales prohíben su limitación en los estados de excepción*", es decir, que para que tenga

⁶ Este artículo establece:

lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción.

Dicho lo anterior la Corte concluye que el derecho de propiedad no es de aquellos derechos cuya limitación está prohibida en los estados de excepción, y por el contrario reitera la transformación de este derecho y la posibilidad de que el Legislador determine limitaciones en su ejercicio producto de su refundación como consecuencia de su función social, concluyendo que *“el derecho de propiedad, aunque se lo conciba como muy importante para la persona humana, no es de aquéllos que pueda incluirse dentro de los derechos a que alude el artículo 93 del estatuto fundamental, por los motivos que se expusieron en el punto anterior de esta providencia, pues si bien es cierto que es un derecho humano, no es de aquéllos cuya limitación se prohíbe durante los estados de excepción.”*

Frente a la conformidad de las cesiones con el derecho de propiedad reconocido y protegido constitucionalmente, la Corte reitera el razonamiento establecido por la sentencia fundadora y concluye:

En este orden de ideas aparecen las cesiones obligatorias gratuitas como una contraprestación a la que se obligan los propietarios de terrenos al solicitar el correspondiente permiso para urbanizar o edificar, y al aceptar las condiciones que exigen las autoridades competentes, dados los beneficios que pueden obtener con tal actividad, las que se imponen en desarrollo de la función social urbanística de la propiedad, consagrada en el artículo 58 de la Carta, y en ejercicio del poder de intervención del Estado en el uso del suelo "con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano" (art. 334 C.N.), como también del artículo 82 ibidem que faculta a las entidades públicas para "regular la utilización del suelo" en defensa del interés común.

Las dos sentencias a las que hemos hecho referencia marcan el inicio de una línea jurisprudencial -la que seguiremos describiendo en los próximos apartes- amplia y elaborada que ha contribuido decididamente a dilucidar tanto la propia institución de las

cesiones como la transformación del concepto de propiedad privada de la mano del surgimiento del derecho urbano en nuestro país. Los puntos fundamentales en los que avanza la comprensión de la naturaleza jurídica de las cesiones son

- i) La obligación de cesión impuesta por la norma no se realiza a título gratuito, sino en contraprestación por el beneficio que recibe el propietario con la posibilidad de urbanizar el inmueble. Por eso, al ser la cesión obligatoria un requisito *sine qua non* para que el propietario obtenga la licencia de urbanización, al propietario que no urbaniza no se le afecta su derecho.
- ii) Las cesiones obligatorias no equivalen a una expropiación sin indemnización porque no son a título gratuito y porque no son más que un acto de enajenación voluntaria no propiamente donación con fines urbanísticos ligados a la función social de la propiedad.

Un tercer momento del estudio de constitucionalidad de las cesiones urbanísticas obligatorias se da con ocasión de una demanda interpuesta contra la Ley 388 de 1997. En esta ocasión, y entre otras normas acusadas, se solicita a la Corte Constitucional el estudio del artículo 39 de esta ley que dispone:

Artículo 37. Espacio Público en Actuaciones Urbanísticas. Las reglamentaciones distritales o municipales determinarán, para las diferentes actuaciones urbanísticas, las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer **con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general**, y señalarán el régimen de permisos y licencias a que se deben someter, así como las sanciones aplicables a los infractores a fin de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, todo ello de conformidad a lo dispuesto en el capítulo XI de esta ley".

"También deberán especificar, si es del caso, las afectaciones a que estén sometidos por efectos de reservas de terreno para construcción de infraestructura vial, de transporte, redes matrices y otros servicios de carácter urbano o metropolitano. Para las actuaciones que lo requieran como la urbanización en terrenos de expansión o la urbanización y construcción en terrenos con tratamientos de renovación urbana, deberán señalarse el procedimiento previo para establecer la factibilidad de extender o ampliar las redes de servicios públicos, la infraestructura vial y la dotación adicional de espacio público, así como los procesos o instrumentos mediante los cuales se garantizará su realización

efectiva y la equitativa distribución de cargas y beneficios derivados de la correspondiente actuación". (En negrillas el aparte específicamente demandado).

En esta ocasión el motivo esgrimido como violatorio de la Constitución por parte de la demanda, radica en la supuesta vulneración que una serie de disposiciones legales – entre ellas la disposición mencionada- puede representar frente a la autonomía fiscal reconocida por la Constitución a las entidades territoriales. Por este motivo y en palabras de la propia Corte corresponde “*determinar si las destinaciones específicas que contienen las normas acusadas violan el principio constitucional de la autonomía de las entidades territoriales*”.

Después de realizar un detallado análisis del alcance de la autonomía territorial en materia fiscal y de repasar la jurisprudencia constitucional que informa su alcance, la Corte encuentra que las denominadas cesiones urbanísticas no son propiamente un recurso fiscal de los municipios y reitera la naturaleza jurídico-urbanística que se había establecido en las anteriores sentencias analizadas. A juicio de la Corte “*dichas cesiones no son propiamente tributos ni rentas de otro orden; se trata de bienes que se incorporan al patrimonio municipal, con ocasión de la actividad urbanística y que indudablemente contribuyen a la integración del espacio público*”.

Avanzando en la comprensión del surgimiento de una nueva categoría jurídica- como la de las obligaciones o cargas urbanísticas- plenamente vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley 9 de 1989 y reforzada por la Ley 388 de 1997, la Corte concluye que las “*cesiones gratuitas, con ocasión de la actividad urbanística, comportan una carga a los propietarios que se enmarca dentro de la función social de la propiedad y su inherente función ecológica, que requiere regulación legal en los términos del art. 58 de la Constitución*”, y por tanto, “*la expresión normativa acusada se aviene a los preceptos de la Constitución*”.

Por último y revelando el intenso debate que ha suscitado en nuestro medio la consagración legal de esta especie de cargas u obligaciones urbanísticas, en el año 2003 se presentó un nuevo intento para poner en entredicho la constitucionalidad de las cesiones urbanísticas. En esa oportunidad un ciudadano intentó una demanda de constitucionalidad contra los artículos de las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997 en todos

aquellos apartes que mencionan la palabra *cesión*⁷. En un primer momento la Corte mediante Auto del 13 de mayo de tal año rechazó la demanda contra el artículo 37 de la Ley 388 de 1997 por considerar que sobre el mismo existía cosa juzgada constitucional, e inadmitió la demanda contra el resto de las expresiones de los demás artículos demandados por considerar que *“carecen de sentido regulatorio propio, que permita que sean analizadas independientemente del contexto en el cual se encuentran”*.

El demandante insistió en la solicitud de estudio de constitucionalidad de las normas demandadas y por tal motivo corrigió la demanda en relación con la inadmisión e insistió en la solicitud de estudiar nuevamente la expresión demandada del artículo 37 de la Ley 388 de 1997 por considerar que los motivos que llevaron a su declaratoria de constitucionalidad mediante la Sentencia C- 495 de 1998 no son iguales a los que en esta ocasión se están poniendo a consideración de la Corte, ya que *“la decisión de rechazar la demanda porque sobre la norma en cuestión recaen los efectos de la cosa juzgada constitucional es incorrecta, pues del análisis que hace de la sentencia C-495 de 1998 se deduce que la Corte sólo estudió la exequibilidad del destino de las cesiones urbanísticas pero nunca al carácter gratuito de las mismas”*.

De tal forma lo que una vez más se evidencia en el reproche de constitucionalidad de las cesiones es la supuesta gratuidad de las mismas que vulneraría la protección del derecho de propiedad. En palabras de la propia Corte:

“Ahora bien, en relación con el asunto de fondo, el recurrente advierte que la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas radica en que desconocen el texto del artículo 58 de la Constitución Política que consagra la indemnización previa para la expropiación de bienes particulares. Por ello, señala que instituir las cesiones como

⁷ El siguiente es el listado de expresiones demandadas:

- a) La expresión “cesiones obligatorias gratuitas”, contenida en el artículo 2º, numeral 1º, de la Ley 9ª de 1989.
- b) La expresión “cesiones obligatorias” contenida en el artículo 8º de la Ley 388 de 1997.
- c) La expresión “el señalamiento de las cesiones urbanísticas gratuitas correspondientes” contenida en el artículo 13 de la Ley 388 de 1997.
- d) La expresión “las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general” contenida en el artículo 37 de la Ley 388 de 1997.
- e) Las expresiones “incluirán entre otros componentes las cesiones y la realización de obras públicas (...), así como las cesiones para parques y zonas verdes, vías vehiculares y peatonales y para la dotación de los equipamientos comunitarios” contenidas en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 388 de 1997.
- f) La expresión “en todo caso serán a cargo de sus propietarios las cesiones gratuitas” contenida en el artículo 51 de la Ley 388 de 1997.

medidas *gratuitas* atenta contra dicho principio constitucional. En este sentido, reitera constantemente que la demanda va dirigida no contra la institución de la cesión sino contra el carácter *gratuito* de la misma, razón que lo releva de demandar la expresión normativa completa y que lo habilita para acusar, exclusivamente, la expresión mencionada.

En lo demás, el memorial de corrección se limita a volver sobre los argumentos de la demanda y a reiterar que la posición de la Corte Constitucional respecto de las cesiones obligatorias gratuitas debe ser modificada por cuanto desconoce el artículo 58 de la Carta Política”.

A pesar de la insistencia del demandado la Corte rechaza nuevamente sus argumentos y reitera lo expresado en el Auto de mayo 13. Ante este rechazo el demandante decide interponer un recurso de súplica contra tal decisión. Finalmente y mediante Auto 126 del 15 de julio de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte reitera su posición en torno a la naturaleza jurídica de las cesiones y a su conformidad con la protección de la propiedad privada. Por una parte considera que el estudio que se hiciera del artículo 37 de la Ley 388 de 1997 en la Sentencia C-495 efectivamente supuso un pronunciamiento en relación con el supuesto carácter gratuito de las cesiones y evidenció la comprensión que la jurisprudencia ha dado al carácter de contraprestación que subyace a las mismas, teniendo en cuenta la valorización que produce en los inmuebles sujetos a cesiones, la autorización para su urbanización. Por otra parte, considera que la insistencia de la demanda contra los artículos 13 y 51 de la Ley 388 de 1997 no fue bien fundamentada por el demandante porque en ésta sólo se insistió en la inconstitucionalidad de la expresión “gratuitas”. Al respecto concluyó la Corte:

En otros términos, la exequibilidad o inexecutable de las expresiones legales, de los conceptos jurídicos, no depende más que del contexto en el cual dichos conceptos o dichas expresiones actúan. El concepto “gratuito” no es inexecutable en sí mismo, sino en el contexto normativo en el cual se inserta. Ello impone al actor la obligación de argumentar, para cada uno de los artículos en los que se encuentra la expresión “gratuita”, por qué dicha expresión, entendida en tal contexto, resulta contraria a los cánones constitucionales.

El razonamiento anterior imponía al demandante la obligación de especificar por qué la inclusión de las cesiones gratuitas en el Componente Urbano del Plan de Ordenamiento territorial era contraria a la Carta (Art. 13), y por qué contrariaba la Constitución el que las cesiones gratuitas de las urbanizaciones construidas en suelos de expansión estarían a cargo de los propietarios de los predios (art. 51).

No obstante lo anterior, podría argüirse que el demandante sí explicó las razones por las cuales dicha cesión gratuita era inconstitucional, y fueron que las cesiones urbanísticas no puede considerarse acordes con el artículo 58 Superior ya que éste dispone que toda expropiación deberá ser indemnizada.

Este argumento, que constituiría la base genérica del cargo, incurre sin embargo en un defecto sustantivo que lo hace inepto para propiciar un juicio de inexecutable. El defecto consiste en que el cargo no es pertinente al texto de las disposiciones cotejadas, toda vez que mientras el artículo constitucional hace alusión a la expropiación, las disposiciones legales demandadas se refieren a la cesión, concepto jurídico de características, alcance y connotaciones diferentes al primero.

Esta falta de coincidencia entre la figura que se ataca y la que pretende indicarse como vulnerada impide a la Corte adentrarse en el estudio jurídico del caso y deja sin piso la argumentación que le sirve de base a la demanda.

Este último antecedente que hemos narrado es muy elocuente de la dificultad que ha supuesto para los operadores del derecho encontrar de recibo una figura como las cesiones urbanísticas obligatorias que como lo hemos explicado, es de tan difícil encuadre en la lógica tradicional de la propiedad privada. La insistencia sobre su carácter gratuito, a pesar de la reiterada jurisprudencia que encuentra que las mismas no revisten tal carácter, es una clara muestra de la resistencia con la que se enfrenta la moderna lógica del derecho urbano en su perspectiva de tratamiento al derecho de propiedad y a la inclusión en el ejercicio del mismo de deberes y cargas. A pesar de esta insistencia, una vez más la jurisprudencia constitucional ha sido fundamental para fortalecer la comprensión de los alcances de las instituciones claves de la dimensión jurídica del urbanismo y de proponer interpretaciones contemporáneas sobre la forma en la que se ve configurado el derecho de propiedad por las normas urbanísticas.

La discusión sobre la Legalidad de las cesiones urbanísticas- El caso de la cesión del 7% para malla vial arterial establecido por normas del Distrito Capital.

La discusión sobre la legalidad de las cesiones urbanísticas también ha sido muy amplia y enriquecedora. Como era de esperarse el debate en torno a las mismas no ceso con los debates que se han promovido contra la constitucionalidad de las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997. La inclusión de las mismas en las normas urbanísticas locales ha nutrido de forma muy importante el debate. Al respecto es muy importante referirnos a los debates promovidos ante la jurisdicción contencioso- administrativa contra normas locales expedidas por la ciudad de Bogotá.

Esta discusión inicia contra normas adoptadas por esta ciudad antes de la entrada en vigencia de la Ley 9 de 1989 y se dirige siempre fundamentalmente contra la llamada cesión del 7% para malla vial arterial.

Las primeras normas controvertidas adoptadas antes de la Ley 9 de 1989.

La historia se remonta a un Estatuto de Valorización⁸ adoptado por esta ciudad en el año de 1987, en el cual se incluyó una disposición relativa a este tema. Su artículo 118 establecía lo siguiente:

Artículo 118. Cesión Obligatoria y Gratuita. El Instituto de Desarrollo Urbano, para efectos de adelantar la negociación o la expropiación de los predios que se requieran para las vías arterias del Plan Vial, descontará en cada caso la cesión gratuita y obligatoria, equivalente al siete por ciento (7%) del área bruta del terreno.

Esta disposición fue objeto de demanda de nulidad y en la sentencia de segunda instancia, el Consejo de Estado⁹ encontró que la misma disposición al imponer la obligación de cesión del siete por ciento (7%) del área bruta de los terrenos que se vieran afectados por las obras a desarrollar por el sistema de contribución de

⁸ Acuerdo 118 de 1987 “ Por el cual se adopta el Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá”.

⁹ Sentencia Consejo de Estado, sección Primera, 16 de octubre de 1992, exped. No. 2055 M.P. Ernesto Rafael Ariza.

valorización para la conformación de la malla vial arterial en el Distrito Capital, sin consideración alguna a su tratamiento urbanístico, es decir sin tener en cuenta si tales predios eran o no susceptibles de procesos de urbanización, estaba contemplando una cesión obligatoria de manera indiscriminada. Según el alto Tribunal, las cesiones son aplicables a terrenos que se pretendan urbanizar y no pueden extenderse a todo tipo de terrenos afectados por vías que vayan a construirse por valorización.

En esta oportunidad, si bien se reconoce la legalidad de la figura de las cesiones obligatorias, el Consejo de Estado declara la nulidad de la norma, en tanto ésta no está acorde con el fundamento de las cesiones obligatorias que es la contraprestación que hace el propietario a la Administración por el derecho a urbanizar su terreno. En este sentido, aplicar las cesiones a todos los terrenos que puedan verse afectados por obras de valorización, o imponer las cesiones a los terrenos en tratamientos diferentes al de urbanización, sí constituye una violación del derecho a la propiedad en el sentido que afecta también al propietario que no ha decidido o no puede urbanizar su predio.

El Consejo de Estado concluye que en este caso sí se vulnera el derecho de propiedad y al no existir contraprestación por la cesión obligatoria se quebranta su protección,

“Así que, el artículo 118 acusado, consagra una cesión obligatoria y gratuita, indiscriminadamente, es decir, en relación con todos los inmuebles que resulten afectados por la realización de vías arterias del Plan Vial, razón por la cual dicha norma estatuye una expropiación sin indemnización, ya que, finalmente, la Administración, haciendo uso de su poder coactivo frente al particular logra que el referido porcentaje de la propiedad privada pase a sus manos sin que exista compensación, lo cual deviene en flagrante violación del inciso 3o. del artículo 30 de la Constitución Política de 1886, invocado por el actor como infringido, que corresponde al inciso 4o. del artículo 58 de la actual Carta Fundamental”.

Comprender las razones de este fallo y el antecedente normativo anulado resulta indispensable para comprender las controversias judiciales que se presentaron después de esta sentencia y la suerte que ha corrido la llamada cesión del 7% para malla vial arterial por haber sido consagrada inicialmente en un contexto inaplicable. En efecto, en el mencionado Estatuto y a propósito de la adquisición de predios para llevar a cabo las

obras financiadas por el sistema de valorización, no era dable descontar de los terrenos a adquirir tal porcentaje del suelo para efectos de determinar el suelo a pagar, toda vez que en tal hipótesis terminaban incluidos cualquier clase de predios, sin importar si los mismos podían o no ser objeto de autorizaciones de construcción o urbanización. Por tal razón la norma estaba consagrando una cesión indiscriminada, que no guardaba relación con ninguna autorización urbanística de la Administración.

La segunda controversia se da respecto del Acuerdo 2 de 1980 por el cual se adoptaba el Plan Vial de la ciudad de Bogotá, que también incluía una norma que consagraba la cesión del 7% para la malla vial arterial, siempre que los predios sujetos a la misma fueran objeto del tratamiento urbanístico de desarrollo o redesarrollo. En efecto el artículo 22 del mencionado artículo establecía:

"Artículo 22. Cuando un terreno con tratamiento de desarrollo y/o redesarrollo¹⁰ se encuentre afectado por vías V-O) y/o V-1 y/o V-2 y/o V-3 y/o V-3E, el propietario deberá ceder obligatoriamente el siete por ciento (7%) del área bruta del mismo para la construcción de la vía.

Cuando el área afectada excediere de este siete por ciento (7%), dicho excedente será negociado por el Instituto de Desarrollo Urbano.

PARAGRAFO: Facúltase al Alcalde Mayor para que en un término no mayor de seis meses a partir de la fecha de vigencia del presente Acuerdo, reglamente el procedimiento de negociación de los terrenos objeto del presente artículo"

¹⁰Conforme al Artículo 56 del Acuerdo No. 7 de 1979, el tratamiento de desarrollo es el determinado para orientar la incorporación de nuevos terrenos al proceso urbano y comprende las zonas sin desarrollar localizadas dentro del perímetro de servicios y aquellas áreas de actividades agrológicas que por sus características permiten el asentamiento de usos urbanos fuera del mencionado perímetro. El artículo 11 ibídem define las áreas sin desarrollar como: los terrenos no urbanizados ni edificados comprendidos dentro de los límites del Distrito.

Conforme a la misma norma, las áreas desarrolladas son los terrenos urbanizados o en proceso de urbanización, edificados o no, localizados dentro del perímetro del Distrito; y el área urbana es aquella dentro de la cual se permiten usos urbanos y cuenta con la posibilidad de instalación de servicios públicos.

El perímetro de servicios, de acuerdo con la misma norma, es la línea que enmarca el área definida para la instalación y el suministro de servicios públicos dentro del Distrito Especial de Bogotá por parte de la Administración Distrital.

Conforme al artículo 73 ibídem, el tratamiento de redesarrollo es el determinado para aquellas áreas que por su total inadecuación en cuanto a usos y estructuras requieren una política que propicie el desarrollo de nuevas funciones en el área. (Tomado de la Sentencia del Consejo de Estado Expediente No. 3013 del 26 de Enero de 1995)

A pesar de que de la lectura de la norma se podría inferir que la misma incorporaba las condiciones para poder exigir la cesión, en tanto preveía que la misma operaba sólo respecto de aquellos predios que podían ser objeto de urbanización o reurbanización, el Consejo de Estado encontró que la misma era ilegal dado que estaba contemplando una cesión para una infraestructura – la malla vial arterial- que no correspondía a aquellas que estaban autorizadas por los artículos 2 y 7 de la Ley 9 de 1989. De esta forma el Consejo concluyó:

Las definiciones anteriores¹¹ conducen a la Sala a afirmar que los terrenos respecto de los cuales la norma acusada impone la cesión obligatoria y gratuita del 7% de su área son aquellos que están en proceso de incorporación al perímetro urbano y tales terrenos no son los que se encuentran en proceso de urbanizar, a los que se refieren el Acuerdo 7 de 1979 y la Ley 9a. de 1989, amén de que la finalidad de la cesión prevista en la norma acusada no es para la construcción de vías, zonas verdes y servicios comunales de la proyectada urbanización sino que ésta afecta al plan vial arterial.

(...).

Significa lo anterior que la norma en estudio, al igual que el artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1.79 que fue objeto de la declaratoria de nulidad por parte de esta Corporación en la referida sentencia de 16 de octubre de 1992, quebranta el artículo 30 de la Constitución Política de 1886, que corresponde al artículo 58 numeral 4o. de la actual, pues como lo expresó la Sala en esa oportunidad, "*... la cesión obligatoria y gratuita, indiscriminadamente, es decir, en relación con todos los inmuebles que resulten afectados por la realización de vías arterias del Plan Vial, estatuye una expropiación sin indemnización, ya que, finalmente, la Administración haciendo uso de su poder coactivo frente al particular logra que el referido porcentaje de la propiedad privada pase a sus manos sin que exista compensación...*"¹².

En este fallo quedo claro que el Consejo de Estado introduce una nueva sub-regla al tratamiento jurisprudencial de las cesiones urbanísticas autorizadas por la Ley 9 de 1989 definiendo que los terrenos adquiridos mediante las cesiones obligatorias sólo podían ser destinados a vías locales y equipamientos comunales de la propia urbanización. En esta misma línea, el propio Consejo de Estado reitero su posición a propósito de una

¹¹ Las que están referenciadas en la cita a pie de página anterior.

¹² Sentencia del Consejo de Estado- Sección Primera Expediente No. 3013 del 26 de Enero de 1995, C. P. Miguel González Rodríguez.

nueva demanda de nulidad presentada contra normas establecidas en el Acuerdo 6 de 1990 o Estatuto de Ordenamiento Físico de Bogotá¹³.

¹³ Las normas eran las siguientes – en negrilla y subrayado los apartes demandados- :

“Artículo 418. ORIGEN DE LAS ÁREAS PARA LA CONFORMACIÓN DEL SISTEMA VIAL ARTERIAL. “Todo predio ubicado parcial o totalmente sobre una zona de reserva vial del Plan Vial Arterial deberá segregarse esta zona del resto del terreno para transferirla a la entidad encargada de la ejecución de la vía.

“Si se trata de un terreno urbanizable de conformidad con el presente acuerdo, deberá **ceder a título gratuito** una proporción del área a ceder, tal como se indica más adelante, como requisito para la obtención de la licencia de urbanización.

“Si es la entidad encargada de la ejecución de la vía la que expresa el interés en la adquisición del área antes de que se inicien las gestiones para urbanizar el predio, bien porque el propietario, aunque se trate de un inmueble no urbanizado, no se haya propuesto su desarrollo inmediato, o porque el predio no sea urbanizable, la entidad podrá negociar toda el área a segregar conforme lo dispone la ley 9ª de 1.989, o proceder a su expropiación.

“En este caso, para obtener después licencia de urbanización o de subdivisión del inmueble, el interesado, sea que se trate del mismo propietario o de un adquirente posterior, deberá restituir en dinero efectivo a la entidad encargada de la ejecución de la vía que hubiere pagado en su totalidad el área objeto de cesión, una suma equivalente a la proporción de cesión obligatoria que le hubiera correspondido ceder para la ejecución de la vía **a título gratuito** en el evento de urbanizar, suma que será determinada conforme a avalúo actualizado del Departamento Administrativo de Catastro Distrital.

“El propietario que desee evitar los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, podrá voluntariamente ceder la proporción desde un principio aunque no esté interesado o no pueda solicitar licencia de urbanización.

“Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio del ordenamiento contenido en el Capítulo VII del Título segundo de la parte especial, para los efectos allí regulados”.

“Artículo 419. PROPORCIÓN DEL ÁREA DE CESIÓN OBLIGATORIA PARA LA CONFORMACIÓN DEL SISTEMA VIAL ARTERIAL. “En las normas específicas que se adopten como requisito para tramitar las áreas, se determinará:

“1°. La proporción del área de los predios que deba ser entregada como cesión obligatoria **a título gratuito** para la ejecución del Plan Vial Arterial, en aquellos predios en los que se hallan previsto zonas de reserva vial para dicho plan, proporción que será la siguiente en los distintos tratamientos:

“a. Tratamiento de Desarrollo: el 7% del área bruta del terreno.

“b. Tratamiento de Incorporación: Entre el 4% y el 12% del área bruta del terreno, de manera que los márgenes más bajos se sitúen en los sectores de las áreas suburbanas dentro de los cuales el interés público sea el de contribuir a disminuir los costos de urbanización.

“c. Tratamiento Especial de Preservación del Sistema Orográfico: Entre el 10% y el 15% del área bruta del terreno, teniendo en cuenta la variación de los costos de urbanización, dadas las características diversas de la topografía. Cuando se trate de zonas de rehabilitación de canteras la proporción podrá disminuir hasta un 5%.

“El cálculo de las áreas a las que se refiere el presente numeral se hará con base en la sección transversal de la vía que incluye calzadas y separadores en caso de haberlos. Sólo en el evento excepcional regulado en el siguiente numeral se incluirá la Franja de Control ambiental como parte de la Sección Transversal de la vía.

“2°. Si la Franja de Control ambiental forma o no parte de la sección transversal de la vía.

“Como regla general las franjas de Control Ambiental de la malla vial arterial a las cuales hace referencia el presente artículo, constituyen áreas de cesión obligatoria **gratuita**, parte de la cual es computable como cesión tipo A, determinable por las normas específicas entre un 3% y un 5% del Área Neta Urbanizable.

“Excepcionalmente y con el sólo objeto de disminuir en sectores específicos los costos de urbanización, podrán tenerse como parte de la sección transversal de la vía, lo cual será materia de definición en los respectivos decretos de asignación de tratamiento”.

La demanda contra las normas del Acuerdo 6 de 1990

En esta oportunidad y a pesar de lo detallado de las hipótesis y condiciones establecidas por las normas para que operase la denominada cesión del 7%, el Consejo de Estado reiteró que solamente eran dables cesiones urbanísticas para las vías de la propia urbanización y concluyó:

Ahora, no desconoce esta Corporación que el canon constitucional 58 consagra la función social de la propiedad y la prevalencia del interés público o social sobre el particular; sin embargo, ello no significa que se pueda despojar al particular de la propiedad sin indemnización alguna cuando no medien las circunstancias contempladas en la Constitución, a las que se aludió anteriormente, o cuando no se está afectando un área destinada para la construcción de vías, zonas verdes y servicios comunales de la urbanización que se proyecta, de conformidad con los artículos 2º y 7º de la Ley 9ª de 1989, sino una destinada para las vías arterias del plan vial, como lo hacen las normas demandadas.

(...)

En consecuencia, la Sala concluye que la cesión obligatoria gratuita de los predios de propiedad privada en los porcentajes señalados en las disposiciones acusadas constituye un verdadero despojo de dicha propiedad, el cual no es permitido ni constitucional ni legalmente para los predios ubicados parcial o totalmente sobre una zona de reserva vial del Plan Vial Arterial.¹⁴

Como puede concluirse del análisis de las anteriores sentencias y bajo la vigencia de la Ley 9 de 1989, la jurisprudencia del Consejo de Estado también avanza en la comprensión y depuración de las cesiones urbanísticas y aunque reconoció y aceptó la naturaleza jurídica de las mismas que ya había fijado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia fundadora, encontró que en desarrollo de las previsiones de tal Ley, las cesiones sólo podían destinarse a las infraestructuras viales propias de una urbanización (vías locales) y no a vías de mayor jerarquía como las pertenecientes a la llamada malla vial arterial. Esta jurisprudencia se basó fundamentalmente en el análisis de la Ley 9 y se produjo sobre normas distritales que fueron adoptadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 388.

¹⁴ Sentencia Consejo de Estado, Sección Primera del 30 de agosto de 2001 Expediente 5595. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La jurisprudencia posterior a la Ley 388 de 1997 a propósito de normas del Plan de Ordenamiento Territorial.

La regulación establecida por la Ley 388 de 1997 en relación con las cesiones urbanísticas es mucho más completa y detallada, razón por la cual los pronunciamientos jurisprudenciales producidos con relación a normas adoptadas en desarrollo de la misma resultan indispensables para comprender el estado actual de esta institución, no solamente porque las normas de la Ley 9 de 1989 que regulaban la materia fueron derogadas por esta última, sino porque las cesiones en la Ley 388 se inscriben en el más amplio contexto del principio de reparto equitativo de cargas y beneficios.

Al respecto y con ocasión de las normas adoptadas por el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, la polémica con relación a la legalidad de la denominada cesión del 7% vuelve a entrar en escena. El Decreto 619 de 2000 por medio del cual se adoptó el mencionado Plan, estableció en las normas relativas al tratamiento urbanístico de desarrollo – aquel que guía las intervenciones en los sectores urbanizables no urbanizados- , nuevamente una cesión del 7% para la conformación de las áreas de la malla vial arterial. Al respecto el artículo 352 establecía:

“Los predios sujetos a este tratamiento deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Generación de espacio público.

En los predios en los que se adelanten procesos de urbanización se deberá prever con destino a la conformación de espacio público las siguientes áreas:

- a. Las áreas para la malla vial arterial principal y complementaria y para las infraestructuras de servicios públicos... serán de cesión obligatoria y gratuita hasta el 7% del área bruta del predio afectado por la malla vial arterial...”.

Como era de esperarse esta nueva norma no tardó en ser cuestionada con base en los antecedentes de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En efecto, mediante Auto del 12 de septiembre de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió

demanda contra esta disposición, en la cual se argumentaba que ésta contrariaba: 1) el artículo 58 de la Constitución por establecer una expropiación sin indemnización; 2) el artículo 37 de la Ley 388 pues en éste no se establece la posibilidad de cesiones para destinarlos a la malla vial arterial; y 3) el artículo 158 del CCA dado que reproduce íntegramente disposiciones idénticas que ya han sido declaradas nulas.

En Sentencia de junio 12 de 2003 Expediente 2001-0248, la Sección Primera del mencionado Tribunal, fallo encontrando legal la disposición demandada. En la sentencia, el Tribunal da cuenta de las novedades y avances que tiene el tema de las cesiones en la Ley 388 de 1997. Al respecto afirma:

Esa ley 9/89 fue modificada por la ley 388/97, en la que en su artículo 2º se recoge el principio constitucional (art. 58) de la prevalencia del interés general sobre el particular; en el 8º se contempla como acciones urbanísticas las de definir las cesiones obligatorias, y localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte; en el 10º se indica como determinante del Plan de Ordenamiento Territorial el señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial regional; en el 13 se estipula que es un componente urbano del Plan de Ordenamiento Territorial el señalamiento de las cesiones urbanísticas gratuitas correspondientes a la infraestructura para el sistema vial; en el 15 se precisa que las normas urbanísticas generales permiten establecer usos del suelo y, por consiguiente, otorgar derechos e imponer obligaciones urbanísticas a los propietarios de terrenos y a sus constructores. (De tales normas hacen parte las especificaciones de las cesiones urbanísticas gratuitas); en el 37 prevé que las reglamentaciones distritales determinarán para las diferentes actuaciones urbanísticas las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general; en el 39 se dispone que como unidad de actuación urbanística se entiende el área que debe ser urbanizada con el objeto, entre otros, de facilitar la dotación, con cargo a sus propietarios, de la infraestructura para el transporte; y en el 51 que para la adecuación de terrenos en suelo de expansión, que no formen parte de unidades de actuación, con infraestructura para el transporte y los equipamientos colectivos, estarán a cargo de los propietarios las cesiones gratuitas y las obras de infraestructura previstas en el artículo 39 ejusdem.

Claramente el Tribunal encuentra que a pesar de la anterior jurisprudencia del Consejo de Estado el marco normativo sobre el cual hay que estudiar el tema se ha modificado, y por ende encuentra que:

De ese conjunto normativo, sistemáticamente interpretado, se desprende que las autoridades distritales, en este caso el Alcalde Mayor de Bogotá, está constitucional y legalmente facultado para realizar la actuación urbanística contenida en la norma acusada, imponiendo una obligación de tal naturaleza y destinada a generar espacio público – que es un bien colectivo – a cargo de los propietarios de predios en los que se adelanten procesos de urbanización, consistente en la cesión obligatoria y gratuita hasta del 7% del área bruta del predio afectado por la malla vial arterial.

Este pronunciamiento marca entonces un claro quiebre con respecto a la anterior jurisprudencia del Consejo de Estado y devela que de conformidad con el nuevo régimen normativo las cesiones urbanísticas se enmarcan en un espectro más amplio, y que en él nada obsta para que en las autoridades locales- en este caso las bogotanas- establezcan la obligación de que en los procesos de urbanización, y en el marco del reparto equitativo de cargas y beneficios, los propietarios realicen cesiones de suelo para elementos diferentes a los de la urbanización local.

Este caso llegó al Consejo de Estado¹⁵ que confirmó la sentencia de primera instancia. En esta ocasión los recurrentes argumentan justamente que la sentencia del Tribunal “*confundió la cesión gratuita para fines urbanísticos internos con la cesión gratuita para efectos del Plan Vial, por lo que es menester precisar que una cosa es la cesión gratuita para terrenos internos y vías comunales de una urbanización y otra muy diferente, la cesión gratuita de vías del Plan Vial.*”

Ante este reparo el Consejo de Estado, luego de repasar su jurisprudencia anterior establece con claridad que:

Ahora, no es cierto, como lo afirman los recurrentes, que las normas antes señaladas fueron indebidamente interpretadas, pues una cosa es la cesión obligatoria gratuita de hasta el 7% para un plan vial o infraestructura vial, **sin consideración alguna a la actividad**

¹⁵ Sentencia de la Sección Primera del 1 de octubre de 2007, Expediente 2001-00248-02, C.P. Marco Antonio Velilla.

urbanizadora de predios, es decir, indiscriminada y otra diferente, como en este caso, cuando dicha cesión afecta a un proceso de urbanización, que es lo que legalmente está permitido, pues supone un beneficio directo para la comunidad, que se traduce en mejoramiento de su calidad de vida.

En esta sentencia queda claro que el Consejo de Estado reitera que la legalidad de la cesión urbanística cuestionada no debe ser analizada en función exclusivamente de la destinación que a la misma haya de darse – en este caso malla vial arterial- sino en que la misma sea prevista en el marco de actuaciones de urbanización, donde claramente guarde relación con un beneficio autorizado, y por consiguiente no sea indiscriminada. De este modo se puede concluir que teniendo en cuenta las nuevas condiciones normativas (Ley 388 de 1997) aplicables a las cesiones urbanísticas obligatorias, las mismas para no ser contrarias a tal normatividad, deben estar previstas solamente para aquellos casos donde se verifiquen procesos de urbanización, situación en la que la contraprestación por la obligación de cesión se encuentra presente.