

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LAS LIMITACIONES A LA PROPIEDAD Y LA REGULACIÓN DE LAS “CESIONES GRATUITAS” COMO FORMA DE EVADIR DICHA RESPONSABILIDAD

José Vicente Blanco Restrepo¹

Resumen

En el presente artículo se analiza la responsabilidad que le cabe al Estado cuando impone limitaciones a los inmuebles urbanos que terminan afectando el núcleo esencial del derecho de dominio al impedir el uso y el disfrute de los mismos, partiendo de la solución legal que se le ha dado al problema y que se encuentra contenida en el artículo 37 de la ley 9 de 1989. Como complemento de lo anterior, se estudia el mecanismo de las cesiones gratuitas para vías obligadas por ser ésta la principal estrategia utilizada por los municipios para tratar de evadir la responsabilidad derivada de las limitaciones que imponen al derecho de dominio.

Abstract

Through this article will be analyzed the State responsibility for imposing limitations to real estate property in urban areas that affect the essence of this right: the use and enjoyment. In first place, it will be described the legal answer contained in the 37 article of law 9/89. As a complement of what has been just said, it will be studied the legal mechanism of free transferences done using forced routes, used by municipality to evade the responsibility derived of the limitations imposed to property.

¹ Abogado de la Universidad de Medellín. Profesor de cátedra de la Universidad Pontificia Bolivariana de los cursos de Derecho Administrativo Colombiano y Derecho Contencioso Administrativo.

Palabras clave

Afectación, limitaciones al dominio, responsabilidad patrimonial, cesiones gratuitas para vías obligadas, afectación por obra pública

Key Words

Affectation, limitations of property, patrimonial responsibility, free transferences done using forced routes, affectation done by public work

Introducción

La propiedad urbana se encuentra sometida a múltiples restricciones provenientes de la normatividad urbanística, las cuales, en muchas ocasiones, son de tal magnitud que sobrepasan los límites de lo razonable y terminan por inutilizar los inmuebles de tal manera que sus propietarios se ven en la imposibilidad de aprovecharlos económicamente.

Este es el caso de los lotes sobre los que existe el proyecto de construcción de una obra pública (como una vía) o de los lotes que se reservan para protección ambiental y en los cuales sus propietarios no pueden desarrollar ningún tipo de proyecto urbanístico, pues el inmueble ha sido reservado para el fin público antes mencionado.

Los propietarios de los lotes que se ven sometidos a este tipo de restricciones se preguntan si este tratamiento resulta justo y equitativo, y si realmente ellos tienen el deber de asumir el enorme lucro cesante que se deriva de mantener congelada su propiedad y de no poder aprovecharla económicamente, mientras observan que los lotes de sus vecinos sí pueden ser explotados económicamente y destinados a proyectos urbanísticos rentables, pues sobre ellos no pesa el mismo tipo de limitaciones.

Estas situaciones ocasionan evidentes injusticias, pues a los propietarios de estos lotes se les imponen unas restricciones tan altas que termina generándose un enorme desequilibrio frente a las cargas públicas; desequilibrio que pretende pretextarse en una equivocada interpretación del principio de la supremacía del interés general sobre el interés particular, que no puede servir para justificar la congelación de un inmueble sin reconocer la respectiva compensación, de la misma manera que tampoco serviría para justificar la existencia de la expropiación sin indemnización.

Esto ha provocado que en nuestras ciudades muchos lotes se encuentren congelados de hecho y sin posibilidad de ser aprovechados urbanísticamente, con lo cual, a sus propietarios, se les generan unos inmensos perjuicios económicos, pues, además de no poder construir en su lote deben continuar asumiendo las correspondientes cargas tributarias, en especial las derivadas del impuesto predial que irónicamente se pagan a favor del mismo Municipio que normalmente es el mismo que mantiene la restricción de hecho que les impide disfrutar de su propiedad.

La inequidad derivada de las limitaciones impuestas a la propiedad raíz, a través de las cuales se impide el desarrollo urbanístico de algunos inmuebles para permitir la futura construcción de obras públicas o por razones de protección ambiental, fue solucionada expresamente por el legislador desde hace varios años al crearse la figura de la afectación regulada por el artículo 37 de la ley 9 de 1989, en el que se dispone que la entidad que impuso la afectación o la entidad a favor de la cual ella fue impuesta, debe reconocer al propietario la indemnización de los perjuicios que le ocasione dicha restricción. Estamos en presencia de una restricción impuesta de manera legítima a la propiedad privada, pero que en todo caso genera para el propietario el derecho de ser indemnizado por los perjuicios ocasionados sin que la administración pueda argumentar que no tiene la obligación de indemnizar por el hecho de que la limitación se ajusta a la legalidad vigente. En resumen, una cosa es que el particular tenga el deber jurídico de aceptar la afectación, pues ella se ajusta a la legalidad vigente y otra es que no tenga el deber jurídico de soportar el daño causado, pues con él se rompe el equilibrio ante las cargas públicas, con lo cual se configura un daño antijurídico, que de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional, da lugar al pago de la correspondiente indemnización.

A través del presente artículo trataremos de esclarecer por qué esta norma se convirtió en letra muerta de tal manera que hoy en día los municipios y en general las entidades territoriales, a pesar de continuar proyectando vías y obras públicas y a pesar de continuar reservando en sus planes de ordenamiento territorial amplios sectores para protección ambiental, se abstienen de afectar formalmente los inmuebles comprometidos con dichos proyectos y obviamente se abstienen de pagar a los propietarios la respectiva compensación por las restricciones impuestas.

La naturaleza de las restricciones a la propiedad inmobiliaria en materia urbanística

Es de la naturaleza de la normatividad urbanística la imposición de limitaciones a la propiedad inmobiliaria a través de las cuales se restringen en mayor o menor grado las facultades del propietario para la explotación económica de sus lotes. En la mayoría de las ocasiones estas limitaciones son aceptables, pues a través de ellas se logra un justo equilibrio entre la necesidad de proteger el interés general y el respeto de los derechos del propietario, lográndose de esta manera que el titular del derecho pueda aprovechar económicamente el inmueble, respetando simultáneamente la función social que la Constitución le atribuye a la propiedad privada. Lograr este justo equilibrio es precisamente uno de los principales objetivos del derecho urbanístico. Como ejemplo de este tipo de restricciones podemos citar las derivadas de la zonificación de las ciudades que permite definir cuáles son los usos del suelo permitidos, restringidos o prohibidos en determinado sector, dependiendo de que la vocación del mismo sea preponderantemente residencial, industrial o comercial; de acuerdo con lo anterior, por ejemplo, el propietario de un lote tendrá que admitir la limitación que le impida desarrollar una actividad industrial si este uso se encuentra prohibido por encontrarse ubicado el inmueble, en un sector residencial. Sin embargo, con la determinación de los usos del suelo no es posible prohibir la utilización absoluta de un lote como lo pretenden algunos municipios cuando establecen que cierto sector sólo puede destinarse al uso institucional de parque público o cuando lo clasifican de reserva ambiental que debe mantenerse con cobertura boscosa.

Pero existen otras restricciones que en nuestro derecho urbanístico se denominan “afectaciones” y que algunos autores españoles denominan “vinculaciones” que ya no sólo establecen las condiciones generales que delimitan la forma bajo la cual podrá ejercerse el derecho de dominio sino que impiden, total o parcialmente, cualquier aprovechamiento del mismo por razones de interés general. A través de las afectaciones las autoridades reservan determinados lotes para la futura construcción de una obra pública o los destinan a protección ambiental impidiéndoles a sus propietarios la obtención de licencias de construcción o de urbanismo y, en consecuencia, le quitan al inmueble la posibilidad de ser aprovechado económicamente.

Existen pues dos tipos de restricciones: por un lado, unas que se imponen de manera general a toda la comunidad a través de las cuales se delimita el uso de la propiedad para que su utilización esté de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial vigente en el respectivo municipio, pero que no alcanzan a inutilizarla ni a impedir que el titular del derecho del dominio aproveche económicamente el inmueble; por otro lado, otras que son de tal magnitud que cercenan los atributos básicos del derecho de dominio impidiéndole a su propietario la posibilidad de usar y disfrutar del inmueble (o de parte de él) por razones de interés general y en consecuencia le impiden obtener un provecho económico.

Nuestra legislación nacional prevé expresamente en el artículo 37 de la ley 9 de 1989 que cuando un inmueble sea afectado por una autoridad pública de tal manera que impida o limite la obtención de una licencia de construcción o de urbanismo (pues ésta es la medida que permite verificar si el propietario puede aprovechar económicamente el inmueble), tendrá derecho a una indemnización para compensarle el sacrificio que se le impuso en beneficio de la comunidad al vulnerarle el núcleo esencial del derecho de dominio (que se manifiesta en la posibilidad de usar, disfrutar y disponer del bien). El citado artículo 37 de la ley 9 de 1989 dice así:

ARTÍCULO 37. Toda afectación por causa de una obra pública tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta un máximo de seis (6) y deberá notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, so pena de inexistencia. La afectación quedará sin efecto, de pleno derecho, si el inmueble no fuere adquirido por la entidad pública que haya impuesto la afectación o en cuyo favor fue impuesta, durante su vigencia. El Registrador deberá cancelar las inscripciones correspondientes, a solicitud de cualquier persona, previa constatación del hecho.

En el caso de las vías públicas, las afectaciones podrán tener una duración máxima de nueve (9) años.

La entidad que imponga la afectación o en cuyo favor fue impuesta celebrará un contrato con el propietario afectado en el cual se pactará el valor y la forma de pago de la compensación debida al mismo por los perjuicios sufridos

durante el tiempo de la afectación. La estimación de los perjuicios será efectuada por el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” o la entidad que cumpla sus funciones, en los términos previstos en la presente ley.

Para los efectos de la presente ley, entiéndese por afectación toda restricción impuesta por una entidad pública que limite o impida la obtención de licencias de urbanización, de parcelación, de construcción, o de funcionamiento, por causa de una obra pública, o por protección ambiental.

Así se creó la institución de la afectación, inspirada en la misma filosofía de la expropiación: si bien en la expropiación se autoriza la enajenación forzosa de un bien para satisfacer las necesidades generales (garantizando de esta manera la prevalencia del interés general sobre el particular), de igual manera se dispone que ese sacrificio no puede ser gratuito, pues debe existir una indemnización que compense los perjuicios ocasionados. Así también en la institución de la afectación se admite que por razones de interés general (la futura construcción de una obra pública o la protección ambiental) pueda restringirse la posibilidad de uso y disfrute de la propiedad (aunque la titularidad del bien se mantenga en cabeza de su propietario), pero siempre y cuando se le reconozca a su propietario la compensación de los perjuicios ocasionados.

Desafortunadamente esta institución jurídica se volvió ineficaz en la práctica, pues las autoridades administrativas decidieron evadir sus efectos acudiendo al mecanismo de omitir el cumplimiento de las exigencias formales que la norma previó para que la afectación entrara en vigencia; en efecto, el artículo 37 de la ley 9 de 1989 exigió que el acto administrativo a través del cual se impusiera la afectación fuera notificado al interesado e inscrito en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria so pena de inexistencia; como el cumplimiento de estos requisitos está a cargo de las entidades que imponen la afectación, éstas se abstienen de cumplir con ellos para evitar que el particular pueda reclamar la compensación prevista por la norma y para evitar que comience a correr el plazo máximo de la afectación. La práctica ha mostrado que esta sanción, prevista para proteger los derechos de los particulares, terminó siendo manipulada por las autoridades al utilizarla en su favor pues, a pesar de que imponen graves restricciones a los inmuebles mediante actos administrativos locales como el Plan de Ordenamiento Territorial, se abstienen de notificarlas y registrarlas en

el respectivo folio de matrícula inmobiliaria y por eso, cuando el perjudicado reclama la indemnización de los perjuicios ocasionados con la medida que le impide aprovechar económicamente su propiedad o cuando pretenden alegar que ya venció el plazo máximo de la afectación, la administración alega la inexistencia de la misma por no haberse notificado y registrado. Sin embargo, cuando el propietario pretende una licencia de urbanismo o de construcción, argumentando la inexistencia de la afectación por no haber sido notificada o registrada, el Municipio obstaculiza la obtención de la misma por diferentes vías como la expedición de certificaciones de “uso del suelo”, “vías obligadas”, “alineamientos”, “certificados de hilos”, etc., o a través de conceptos negativos expedidos durante el trámite de la solicitud de licencia de construcción o simplemente con el rechazo de la licencia solicitada.

Para obtener una mayor eficacia en la imposición de restricciones sin tener que indemnizar al propietario perjudicado, las administraciones locales (específicamente algunos municipios como el de Medellín) optaron por acudir a la estrategia de imponerle a sus propietarios la obligación de construir, total o parcialmente, la parte de la vía que cruza por su lote y de ceder gratuitamente la vía construida y obviamente la franja de terreno sobre la que se construyó, todo ello como condición para el otorgamiento de la licencia de urbanismo o de construcción.

En el caso de los municipios del Valle de Aburrá, encabezados por Medellín, esa obligación se impone de manera indiscriminada sin tener en consideración las características de la vía y sin importar si ella tiene una influencia meramente local en lote o lotes que están siendo urbanizados o si beneficia sectores más amplios como el barrio, la comuna, toda la ciudad, el área metropolitana, el departamento, etc.

Vale la pena citar la forma como el Municipio de Medellín, en el artículo 189 del acuerdo 62 de 1999, (Plan de Ordenamiento Territorial) consagra esta obligación:

ARTÍCULO 189º. De las vías obligadas. Toda vía consignada en el presente Plan de Ordenamiento, tendrá el carácter de vía obligada...

Obsérvese entonces que por este mecanismo se le puede imponer a un propietario la cesión gratuita de fajas de terreno para cualquier tipo de vía, ya sea las vías internas de la urbanización o las que le permiten la conexión con la malla vial,

o una circunvalar que beneficiará a toda el área metropolitana o incluso una autopista del nivel nacional que se encuentra proyectada por el Instituto Nacional de Vías. En Medellín, en el año 2002, se introdujo una limitación a esta obligación estableciéndose que sólo puede exigirse la cesión gratuita hasta el 30% del área del inmueble de lo cual se deduce fácilmente que antes de ese año se exigía la cesión gratuita de fajas de terreno sin guardar proporción alguna con el área del lote. Aclaremos de una vez que esta norma no resolvió el problema, pues aún sigue exigiéndose la cesión gratuita indiscriminadamente para cualquier tipo de vía sin importar cuál es el sector beneficiado con la misma.

Lo grave de la situación es que estas disposiciones van en contra de una coherente legislación nacional que sólo autoriza la imposición de vías obligadas para el sistema local (es decir, para las vías propias de una urbanización) mientras que las vías del sistema general deben ser construidas a cargo del presupuesto público.

Como el mecanismo de imponer indiscriminadamente la obligación de ceder gratuitamente fajas de terreno para vías obligadas se ha convertido en la principal estrategia de muchos municipios para evadir la obligación de afectar los inmuebles y de compensar a los propietarios por los perjuicios ocasionados por dicha afectación, es necesario mostrar, al menos someramente, cuál es el sistema previsto en la legislación vigente.

La facultad de exigir cesiones gratuitas para vías obligadas

Para garantizar el justo equilibrio ante las cargas públicas, la ley 715 de 2001 en su artículo 76² prevé que es a los Municipios a quienes corresponde el deber de construir, a cargo del presupuesto municipal, la infraestructura vial municipal.

² Ley 715 de 2001, artículo 76. Competencias del Municipio en otros sectores. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

76.4. En materia de transporte

76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente.

Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la Nación.

76.4.2. Planear e identificar prioridades de infraestructura de transporte en su jurisdicción y desarrollar alternativas viables.

Adicionalmente, el artículo 39 de la ley 388 de 1997³ dispone que el Municipio tiene el deber de repartir las cargas derivadas de la construcción de dicha infraestructura entre los propietarios de toda el área beneficiaria, utilizando los diferentes sistemas de redistribución como son las tarifas, la contribución de valorización, la participación en plusvalía, el impuesto predial “o cualquier otro sistema que garantice el reparto equitativo de las cargas y beneficios de las actuaciones”. Obsérvese que existe una estricta coherencia entre ambas normas, pues mientras la ley 715 de 2001 establece que la construcción de la infraestructura vial debe hacerse por parte de los recursos propios de los municipios (y bien es sabido que los recursos de los municipios provienen de la comunidad en general), la ley 388 de 1997 en su artículo 39 dispone que las cargas correspondientes a la construcción de la infraestructura vial y de servicios públicos deben ser repartidas entre todos los beneficiarios de las obras, a través de cualquiera de los mecanismos de redistribución antes mencionados.

Es claro entonces que ninguna de las normas mencionadas autoriza a los municipios a trasladar a los particulares la carga de construir las vías públicas, pues, al contrario, éste es un deber que deben asumir los Municipios a costa del presupuesto oficial.

La única excepción que ha sido aceptada, tanto por la legislación como por nuestras altas cortes y por la doctrina extranjera, es la que contempla la misma ley 388 de 1997 donde, en el artículo 37 autoriza a los Municipios a imponer cesiones gratuitas con destino a vías locales⁴. En sentido contrario, el mismo

³ Las cargas correspondientes al costo de infraestructura vial principal y redes matrices de servicios públicos se distribuirán entre los propietarios de toda el área beneficiaria de las mismas y deberán ser recuperados mediante tarifas, contribución de valorización, participación en plusvalía, impuesto predial o cualquier otro sistema que garantice el reparto equitativo de las cargas y beneficios de las actuaciones.

⁴ Ley 388 de 1997, 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 con lo dispuesto en el capítulo XI de esta ley. “También deberán especificar, si es el 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 y la urbanización o construcción en terrenos con

artículo establece el deber de acudir al mecanismo de las afectaciones para establecer reservas de terreno para la construcción de la infraestructura vial de carácter urbano o metropolitano.

Es conveniente anotar que la práctica administrativa de los municipios que imponen cesiones gratuitas para vías obligadas de manera indiscriminada fue abandonada por el Distrito Capital de Bogotá, porque en varias sentencias proferidas por la justicia contencioso administrativa, fueron declaradas nulas disposiciones similares a las que todavía rigen en nuestras localidades. Por eso la regulación que hoy rige en Bogotá (artículo 153 del Plan de Ordenamiento Territorial⁵) sólo prevé las vías obligadas para el nivel local y en procesos de urbanización (no para lotes urbanizados) mientras que para las vías del sistema general expresamente se prevé que su construcción debe ser asumida por la Administración Distrital.

Como lo expuse antes, esta regulación tuvo como antecedentes varias sentencias del Consejo de Estado que se ocuparon de regulaciones distritales que establecían

tratamientos de renovación urbana, deberá 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”.

⁵ *Plan de Ordenamiento Territorial, artículo 153. Competencias en la ejecución del Sistema Vial.*

La malla arterial principal y la malla arterial complementaria serán programadas, desarrolladas técnicamente y construidas por la Administración Distrital de acuerdo a las prioridades establecidas en el presente capítulo, y en coherencia con las operaciones estructurantes y programas fijados por el Plan de Ordenamiento Territorial. Para ello deberá adquirir las zonas de reserva correspondientes.

La ejecución de la malla vial intermedia y local en terrenos en proceso de urbanización deberán ser construidas y cedidas gratuitamente al Distrito por parte del urbanizador responsable, y deberá ajustarse a las determinaciones técnicas establecidas para la misma en el presente capítulo y/o a los condicionamientos fijados por los respectivos planes parciales. La interventoría de este tipo de obra estará a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

En sectores urbanos desarrollados la construcción de las vías de la malla vial intermedia y local podrá ser adelantada por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

Parágrafo. El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) elaborará el proyecto y construirá las vías de la malla arterial principal y de la malla arterial complementaria con base en el trazado y determinaciones técnicas y urbanísticas suministradas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital (DAPD). (subraya fuera de texto).

cesiones gratuitas de manera indiscriminada. Basta citar la sentencia del 30 de agosto de 2001 con ponencia de Gabriel Eduardo Mendoza en la cual se expresó lo siguiente:

“Como lo ha sostenido la Sala en anteriores pronunciamientos, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 9 de noviembre de 1989, que resolvió sobre la exequibilidad de los artículos 21 y 22 de la Ley 9 de 1989, si bien afirmó que se pueden hacer cesiones obligatorias y gratuitas, también lo es que expresó que las mismas sólo caben para terrenos que se pretendan urbanizar, no pudiéndose extender a vías que se vayan a construir por valorización, argumento último en el cual basan su defensa los recurrentes, al considerar que el plan vial arterial valoriza el predio del cual se segrega a título gratuito el porcentaje del área de terreno bruto consagrado en las normas demandadas, lo cual, a su juicio, no puede entenderse como una expropiación sin indemnización, sino como una contraprestación. Si bien, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 9 de 1989, los municipios podrán crear, de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario **y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales**, no lo es menos que, conforme a las precisiones de las sentencias antes mencionadas, ello únicamente es viable para efectos de urbanización de predios. De tal manera que la cesión obligatoria gratuita, de manera indiscriminada, para fines distintos de los anteriores efectivamente configura una expropiación sin indemnización, la cual es contraria a los artículos 58 y 59 de la Constitución Política, que prevén que dicha figura sólo es posible cuando así lo determine el Legislador, por razones de equidad, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, o por parte del Gobierno Nacional en caso de guerra, y sólo para atender a sus requerimientos, circunstancias que no se presentan en el asunto examinado. **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”.**

Insistiendo entonces en la coherencia de la legislación nacional, debe destacarse que los principios del ordenamiento territorial se fundamentan en tres pilares de igual importancia:

1. La función social y ecológica de la propiedad.
2. La prevalencia del interés general sobre el particular.
3. La distribución equitativa de las cargas y los beneficios (artículo 2 de la ley 388 de 1997).

Ninguno de estos principios ha de sacrificarse en función del otro, de tal manera que no puede sacrificarse la distribución equitativa de las cargas y beneficios en aras de la prevalencia del interés general sobre el particular o en aras de la función social y ecológica de la propiedad.

Lo que hacen los municipios cuando imponen de manera indiscriminada la carga que se conoce como “cesiones gratuitas para vías obligadas” es romper el equilibrio que debe haber ante las cargas públicas en aras de una mal entendida prevalencia del interés general sobre el particular, lo cual no sólo constituye un desconocimiento de la filosofía que inspira el derecho urbanístico sino que es una práctica ilegal por ser una clara violación de la normatividad vigente.

Para acabar de evidenciar la ilegalidad de estas prácticas destaquemos que la ley 388 de 1997, para insistir en la necesidad de garantizar el equilibrio ante las cargas públicas en materia de derecho urbanístico, ordenó que en la adopción de las normas urbanísticas generales y complementarias que sustenten la expedición de las licencias de urbanismo y construcción, debe respetarse, entre otros, el principio de neutralidad que fue definido de la siguiente manera en su artículo 100:

2. Por neutralidad se entiende que cada propietario tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento normativo que cualquier otro, si las características urbanísticas de una misma zona o área de la ciudad o municipio son iguales.

Esto quiere decir que a un propietario no se le pueden imponer cargas superiores a las que se le impusieron a los propietarios del mismo sector: por eso son razonables las restricciones derivadas del uso del suelo, pues ellas son comunes a todos los inmuebles de una misma zona, pero no es aceptable la imposición de cesiones gratuitas para vías del sistema general, pues ellas sólo se imponen a algunos de los lotes del sector mientras que a los demás (incluso a sus mismos vecinos) no se les grava con la misma obligación.

Evidentemente, la imposición de cesiones gratuitas para vías obligadas como condición para otorgar una licencia de urbanismo o de construcción es violatoria, además, del principio de neutralidad consagrado en el numeral 2 del artículo 100 de la ley 388 de 1997.

La razón por la cual los municipios insisten en esta práctica, que resulta contraria a la legislación vigente, es que con ella obtienen los siguientes “beneficios”:

1. Se traslada a los particulares la carga de construir parcialmente la parte de la vía que cruza por su propiedad, lo mismo que las redes de servicios públicos que deben ir en el subsuelo a pesar de que la ley 715 de 2001 les asignó esa función a los Municipios a cargo del presupuesto oficial.
2. Se logra mantener congelados los inmuebles sobre los cuales el Municipio proyecta construir vías públicas, pues, la mayoría de las veces, el área que resulta comprometida con el proyecto es tan grande que el área libre resulta inutilizable y en otras ocasiones los costos de las vías que deberían construirse para ser cedidas gratuitamente al Municipio son tan altos que para los propietarios del inmueble no resulta rentable su ejecución.
3. Se evita que los términos máximos de afectación previstos en el artículo 37 de la ley 9 de 1989 comiencen a correr.
4. Encuentran un argumento para abstenerse de pagar la indemnización prevista en el citado artículo 37 de la ley 9 de 1989 o para defenderse judicialmente cuando sean demandados por los propietarios perjudicados.
5. Se obtienen importantes beneficios tributarios, pues se puede “castigar” al propietario por mantener improductivo el inmueble calificándolo de lote de engorde (urbanizable no urbanizado) y aplicándole la máxima tarifa de impuesto predial autorizada por la ley, y cuando el propietario solicite la reducción del impuesto, le argumentarán que el lote no ha sido formalmente afectado sin importar que la razón por la cual el inmueble se encuentre en esta situación sea precisamente la restricción impuesta por el Municipio.
6. Se ahorra el valor de las franjas de terreno sobre las cuales deberá construirse la vía con respecto a los inmuebles fueron cedidos gratuitamente por sus propietarios.

En resumen, la estratagema de trasladar a los particulares la carga de construir las vías públicas a través del sistema conocido como “cesión gratuita para vías obligadas”, ha resultado lamentablemente efectiva para evadir la obligación de aplicar el mecanismo de las afectaciones, pero sin duda alguna constituye una práctica que, además de ser inequitativa, es abiertamente ilegal.

Digamos también que resulta inadmisibles el argumento esgrimido por algunos doctrinantes y funcionarios públicos en el sentido de que la obligación de las cesiones gratuitas es una contraprestación que se le exige al propietario por el beneficio de otorgarle una licencia de construcción, pues, de ser así, dicha contraprestación se le exigiría a todos los titulares de licencias de construcción por igual, lo cual no es cierto; esta argumentación no pasa de ser un hábil mecanismo de distracción que se deshace fácilmente al mostrar que esta supuesta contraprestación o compensación no se le exige a todos los beneficiarios de licencias de construcción por igual, sino únicamente a quienes tuvieron la mala fortuna de tener ubicado su lote precisamente sobre el trazado del proyecto vial mientras que a los vecinos del proyecto vial que igual obtuvieron el beneficio del otorgamiento de la licencia de construcción no se les exige la contraprestación gracias a la buena fortuna de estar ubicados por fuera del proyecto vial.

Para finalizar este tema, destaquemos que estos planteamientos son compartidos por la doctrina extranjera y como ejemplo podemos citar al profesor español José Luis González-Berenguer Urrutia quien, en la Revista de Derecho Urbanístico de octubre-diciembre de 1991 publicó el artículo titulado *El suelo para sistemas generales no se cede gratuitamente jamás*, en el cual explicó lo siguiente:

“4. Pero es que como ya fue insinuado, hay otros dos argumentos, éstos de pura lógica aplicable por igual a la ley de 1976 y a la actual. Y son:

“Por un lado que no tiene ningún sentido la supuesta alternativa expropiación o cesión gratuita. Si así fuera, la Administración siempre exigiría la cesión, mientras que el particular siempre exigiría la expropiación. Si así fuera nos encontraríamos con que para adquirir suelo para un determinado sistema general, la Administración podría expropiarlo, mientras que podría exigir la cesión gratuita para el sistema general de al lado.

“Y, por otro lado, ¿qué sentido tiene que el suelo para sistema general (que por definición es suelo “para toda la ciudad”) sea cedido gratuitamente por sólo unos pocos propietarios? **La única manera de que la carga de un sistema general (que es para todos) sea soportada por todos, es incluirla en el Presupuesto general de gastos (expropiación), o integrarla en un polígono de unidad de actuación al que se da más extensión (la del sistema general) de manera que nadie vea por ello disminuido su aprovechamiento...**”.

La exigencia de cesiones gratuitas para vías del sistema general y la protección que la Constitución brinda a la propiedad privada.

La imposición indiscriminada de cesiones gratuitas por parte de los Municipios ocurre a pesar de que nuestra Constitución Nacional protege de manera expresa el derecho fundamental a la propiedad, tal como se lee en su artículo 58 en el cual se establece que “**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**”, protección que se convierte en uno de los fines esenciales del Estado como lo establece el artículo 2 de la Carta Política de acuerdo con el cual “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, **bienes**, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Por ser éste uno de los derechos en los cuales se fundamenta el estado liberal (que bien es sabido es la forma política del sistema capitalista), ha merecido una especial protección de todos los estados, de tal manera que ni siquiera por la prevalencia del interés general sobre el particular se justifica el sacrificio de la propiedad sin la justa compensación, tanto que incluso, a través del acto legislativo 1 de 1999, se prohibió la expropiación sin indemnización por razones de equidad que estuvo consagrado en nuestra Constitución desde la reforma constitucional de 1936.

Es decir, si la Constitución le prohíbe al legislador decretar la expropiación sin indemnización, incluso por razones de equidad, con mucha mayor razón está prohibido a los municipios despojar a los particulares de su propiedad para la construcción de vías públicas del sistema general así sea bajo el pretexto de la

cesión gratuita para vías obligadas, a menos que se trate de vías locales, pues lo que hay en el fondo es un despojo arbitrario de la propiedad o una expropiación sin indemnización como bien lo ha dicho el Consejo de Estado.

La institución de la afectación tiene entonces un raigambre constitucional, pues a través de ella se busca proteger el derecho a la propiedad privada, no sólo en lo concerniente al respeto de la mera titularidad, sino al respeto de la posibilidad de usar y disfrutar del bien de tal manera que cuando se impongan limitaciones que afecten el núcleo esencial del derecho de dominio, surja simultáneamente para su titular la posibilidad de reclamar la respectiva compensación, al igual que cuando se acude al mecanismo de la expropiación, surge para el propietario el derecho a recibir la correspondiente indemnización. El derecho a la indemnización surge tanto en la institución de la expropiación como en el de la afectación, a pesar de que la medida encuentre justificación en la supremacía del interés general sobre el particular o en la función social de la propiedad.

Además, en ambos casos (tanto en la expropiación como en la afectación), se trata de proteger el principio de la igualdad ante las cargas públicas que es una derivación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional.

Los municipios no pueden ir, entonces, más allá de los límites impuestos por la Constitución y la ley, ya que la misma Constitución es enfática en recordarles que sus funciones deben desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley (artículo 287 C.N.). Esto permite dibujar con claridad no sólo una fuente de responsabilidad de la entidad estatal frente a los particulares, sino también una responsabilidad personal de los funcionarios involucrados en la utilización ilegal de los mecanismos de cesión gratuita de fajas de terreno para vías obligadas. Recuérdese igualmente que, de acuerdo con el artículo 6 de la Constitución Nacional, los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y la ley sino también por omisión y por **extralimitación** de funciones, así que cuando se imponen restricciones a la propiedad o cuando se imponen deberes a los particulares por encima de las autorizaciones legales se estará incurriendo en una clara extralimitación de funciones que, además, puede ser sancionada penalmente como una forma de prevaricato por constituir una decisión abiertamente contraria a la ley (artículo 413 del Código Penal). Adicionalmente, puede generarse una responsabilidad patrimonial del funcionario, pues, ante la claridad de la normatividad de carácter legal que resulta

violada por las normas municipales, se cumple con el requisito previsto en el artículo 90 de la Constitución para que ella se configure, pues estaríamos en presencia de una de las modalidades culpa grave definidas por el artículo 6 de la ley 678 de 2001 de acuerdo con el cual se presume que la conducta es gravemente culposa cuando se actúa con “violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”.

De acuerdo con todo lo anterior resulta también que las violaciones en que incurren los municipios al tratar de evadir la obligación de indemnizar a los particulares por los perjuicios derivados de las restricciones extraordinarias impuestas a la propiedad raíz, devienen no sólo en ilegales, sino también en inconstitucionales y, por lo tanto, los actos administrativos que sirven de instrumento para lograr tal fin se tornan en inaplicables en desarrollo de la excepción de inconstitucionalidad previsto en el artículo 4 de la Constitución Nacional. Así las cosas, resulta que en un conflicto judicial (como en una acción de tutela o en una acción de cumplimiento) un Municipio no podría oponer como defensa la existencia de las normas locales a través de las cuales se impone la carga de las vías obligadas, pues ellas son abiertamente ilegales y el juez deberá inaplicarlas para aplicar preferentemente las normas superiores que se encuentran contempladas en la legislación nacional.

Conclusión

A manera de conclusión insistamos en que tanto desde el punto de vista filosófico como desde el punto de vista legal, en Colombia las limitaciones que afecten el núcleo esencial del derecho de dominio dan lugar al reconocimiento de la indemnización correspondiente para compensar los perjuicios ocasionados por las restricciones impuestas por las autoridades públicas, cualquiera sea el mecanismo utilizado por ellas y cuando tengan como finalidad reservar fajas de terreno para la construcción de obras públicas para el sistema general (como sería el urbano, el metropolitano, el departamental o el nacional) o para protección ambiental.

En este caso, estamos en presencia de un daño antijurídico indemnizable de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional, pues los propietarios de los lotes congelados, afectados o sometidos a restricciones extraordinarias no tienen el deber jurídico de soportar el daño inflingido pues la legislación vigente

en el nivel nacional (que obviamente es de jerarquía superior a las regulaciones locales) establece el derecho que ellos tienen de recibir una justa indemnización para compensarles el perjuicio derivado de la restricción impuesta, derecho éste que no se pierde cuando los municipios disfracen la afectación bajo el ropaje de la figura de las cesiones gratuitas para vías obligadas, pues tal como quedó claramente demostrado, esta figura sólo puede ser utilizada para imponer cesiones gratuitas para vías locales, pero nunca puede emplearse de manera indiscriminada para imponer el deber de ceder gratuitamente fajas de terreno para vías del sistema general, pues en tal caso estaremos en presencia de una expropiación sin indemnización que se encuentra prohibida por nuestra Constitución.

Bibliografía

- BADELL MADRID, Rafael. Contribuciones municipales por plusvalía y cesiones obligatorias por razones urbanísticas, versión electrónica en: <http://www.badellgrau.com/opicontrib.html>.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Figuras Jurídicas del Planeamiento Urbano en el Brasil. Trad. Edgardo O. Scotti. En: Derecho y planeamiento urbano, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983.
- CAICEDO, Eduardo. Régimen de las Entidades Territoriales. Tomo II. Páginas 48 y 49. Ed. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. Urbanismo y responsabilidad patrimonial. En: Revista de derecho urbanístico y medio ambiente. (Jun. 1998).
- COLINA GAREA, Rafael. La función social de la propiedad en la Constitución Española de 1978. Colección Biblioteca de Derecho Privado. Ed. J.M. BOSCH EDITORES. Pág. 384.
- EDGARDO O SCOTTI. Contenido, caracteres y principios del derecho urbanístico. En: DERECHO Y PLANEAMIENTO URBANO, Editorial Universidad Buenos Aires. 1983. Pág. 81.

- GARRIDO FALLA, Fernando. El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. En: Revista de Administración Pública. No. 81. 1976; p. 7 y ss.
- GONZÁLEZ, José Luis -BERENGUER URRUTIA. El suelo para sistemas generales no se cede gratuitamente jamás. En: Revista de Derecho Urbanístico (Oct - Dic. 1991).
- LÓPEZ PELLICER, José A. La cesión obligatoria y gratuita de terrenos por razón de urbanismo. En: Revista de Derecho Urbano No. 53. (May - Jun. 1977)
- MEDINA LEMUR, Manuel. Urbanismo y Derecho Civil. En: Revista del Colegio de Abogados. Puerto Rico. Número 11, versión electrónica.
- MORRILLO, José Ignacio -VELARDE PÉREZ. El concepto de limitación a la propiedad privada. Especial referencia a la propiedad colindante a carreteras y autopistas. En: Revista de Derecho Urbanístico (May-Jun. 1979); p. 35 y ss.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés. El desequilibrio de las cargas públicas en el derecho urbanístico. Un acercamiento desde la reparación de los perjuicios. En: Ponencia publicada en las memorias de las IV JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 699.
- SÁCHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Ed. Temis. Sexta Edición, 1980.