

CONCEPTO DE 2011

SECRETARÍA DE HACIENDA

Concepto No. 1213

Bogotá D.C., Marzo 31 de 2011

Al contestar cite este número

2011EE156153

84/31-03-11

Señora

SANDRA DUQUE

C.C. 52.696.651

CL 78 10 71

Teléfono 3454188

Bogotá D.C.

Asunto: Cesiones urbanísticas y su relación con el impuesto predial unificado

(Cordis 2011ER11862-12208)

Apreciada señora:

En virtud de los literales b y c del artículo 30 del Decreto Distrital 545 del 29 de diciembre de 2006, compete a esta Subdirección la interpretación general y abstracta de la normativa tributaria distrital manteniendo la unidad doctrinal en la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá D.C., por lo cual daremos respuesta a su consulta en estos términos.

CONSULTA

Formula la consultante los siguientes interrogantes, previo la cita de la normativa relativa a la licencia de construcción (art. 1 Decreto 1469 de 2010), efectos legales de la definición de zonas en proyectos urbanísticos (art. Art. 276 Decreto Distrital 190 de 2004), y categorías de predios para el impuesto predial unificado adecuadas a la estructura del Plan de Ordenamiento Territorial (art. 1, Acuerdo 105 de 2003):

Tomando en cuenta que el artículo 276 del Decreto Distrital 190 de 2004 establece que una vez expedidas las licencias de urbanismo las áreas definidas en éstas quedarán afectas a este fin específico, aun cuando permanezcan dentro del dominio privado, no es claro para el contribuyente:

* Qué categoría debe asignar al predio destinado a:

a) zona verde que no tendrá ninguna construcción;

b) controles ambientales que no tendrá ninguna construcción;

c) rondas de río;

d) cesiones para vía que si tendrán construcción;

* ¿Por qué el cuadro citado en el Decreto 566 de 2010, artículo 1º, asigna estratos a los predios urbanizables no urbanizados y urbanizados no edificados, si las zonas de cesión por estar destinadas a transferirse al Distrito para convertirse en espacio público, no tienen estrato y mal podría hacerse utilizar el estrato asignado al área útil, toda vez que la vocación de los predios de cesión es sustancialmente diferentes al de las áreas útiles?

* Los bienes destinados a espacios públicos no podrán usarse a destinos diferentes a los definidos en las licencias urbanísticas respectivas y en el caso de las zonas de cesión para espacio público, ¿por qué estos predios no tienen una categoría especial o cuál es la categoría que debe usarse para este caso?

* En el evento que un predio (i) cuente con licencia de urbanismo, (ii) haya realizado obras de urbanismo, (iii) las zonas de cesión se hayan segregado del área útil, y (iv) solamente le falte realizar la edificación en el área útil, ¿qué categoría tiene el terreno destinado (sic) al área útil y área de cesión para efectos de la declaración del impuesto predial? ¿Qué tarifa debe aplicar en cada caso? ¿Tiene alguna exención? ¿Cómo se establece el avalúo si todavía no le (sic) ha asignado uno la oficina de Catastro?

RESPUESTA

Hacen relación los cuestionamientos a las cesiones gratuitas y obligatorias a favor del Distrito Capital que deben efectuar los propietarios de inmuebles que se beneficiarán por procesos de urbanismo y su incidencia en materia tributaria, en especial en lo concerniente al impuesto predial unificado. Las cesiones de las que aquí se trata tienen la vocación de convertirse en bienes de uso público bajo las voces contenidas en el artículo 674 del Código Civil, así como del artículo 5 de la Ley 9 de 1989.

Las disposiciones en cita expresan:

Código Civil, artículo 674:

“ARTÍCULO 674. <BIENES PUBLICOS Y DE USO PÚBLICO>. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.”

Ley 9 de 1989, artículo 5:

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

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.

(Ley 388 de 1997, artículo 117. INCORPORACION DE AREAS PÚBLICAS. Adiciónase el artículo 5º de la Ley 9a. de 1989, con el siguiente párrafo: “PARAGRAFO. El espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el solo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión y las áreas privadas, por su localización y linderos. La escritura correspondiente deberá otorgarse y registrarse antes de la iniciación de las ventas del proyecto respectivo.”

Ahora bien, en este punto es importante resaltar que integra el derecho colectivo al espacio público, y, en particular dentro de éste, el papel que cumple el

concepto de “bien de uso público”. Esta distinción ha tenido y tiene, en términos de la normativa distrital tributaria, importante trascendencia como veremos más adelante. Así, la Corte Constitucional ha expresado sobre el tema:

“ 3. Espacio público y uso del suelo urbano

(...)

Como lo ha manifestado la Corte Constitucional en reciente fallo, el concepto del espacio público “está compuesto por porciones del ámbito territorial del Estado que son afectadas al uso común por los intereses y derechos colectivos y de algunos otros de carácter fundamental cuya satisfacción permiten; además, comprende partes del suelo y del espacio aéreo, así como de la superficie del mar territorial y de las vías fluviales que no son objeto del dominio privado, ni del pleno dominio fiscal de los entes públicos”² . (...)

Como puede verse, el concepto de “espacio público”, a diferencia de lo que entendió el juez de primera instancia (Folio 76 del Expediente), comprende mucho más que el de “bienes de uso público”, al cual se refiere el artículo 674 del Código Civil, que dice: (...)” (Sentencia T – 518 de 1992, MP José Gregorio Hernández)

Restitución de bienes de uso público y autonomía local.

7- La norma parcialmente acusada faculta al alcalde a recuperar bienes de uso público, por medio de una resolución que debe ser cumplida en un plazo no mayor de treinta días. Esta disposición debe entonces ser interpretada tomando en cuenta otras definiciones legales que sirven para precisar su alcance, Así, la Ley 9ª de 1989 (arts. 5º y 9º) sobre reforma urbana estableció que los bienes del Estado destinados al uso público hacen parte del concepto general de espacio público, señalando que es el “conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes”. (Sentencia C – 643 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero)

Una vez establecido que la categoría “bien de uso público” es una especie del género “espacio público”, revisemos el tratamiento que la normativa distrital ha establecido para tales bienes. La normativa vigente, Decreto 352 de 2002 en su artículo 19 literal f), establece una exclusión para los bienes de uso público de que

trata el artículo 674 del Código Civil, en consideración a su especial destinación. De este carácter se deriva la no obligación de declarar ni pagar el impuesto predial unificado. El artículo 19, en lo pertinente expresa:

“ ART. 19.—Exclusiones. No declararán ni pagarán impuesto predial unificado, los siguientes inmuebles:

(...)

f) En consideración a su especial destinación, los bienes de uso público de que trata el artículo 674 del Código Civil. (...)”

Cómo claramente lo expresa la normativa en cita, la destinación que se da a los bienes de uso público, es decir aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes, son los elementos a considerar a efecto de que establecer en qué eventos estamos ante la exclusión contenida en el artículo 19, literal f) del Decreto 352 de 2002. Conforme con lo definido por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “destinar” es ordenar, señalar o determinar algo para algún fin específico o efecto; en tanto que “afectar”, es destinar algo a un uso público.

Ahora bien, respecto de la caracterización de los bienes de uso público y su afectación la Corte Constitucional expresó lo siguiente en el pasado:

“Dominio Público.

3. La legislación civil y constitucional distingue con claridad dos clases de dominio, lo que comporta la aplicación de dos regímenes jurídicos diferente. Por un lado, el dominio privado que regula relaciones de coordinación, por lo tanto se encuentran sometidas al régimen que regula las relaciones entre particulares. Este dominio puede ser individual (artículo 58 de la Constitución) o colectivo, éste con algunas limitaciones para el comercio, el artículo 329 de la Carta la recoge como “no enajenable”, el artículo 55 transitorio como enajenable “en los términos que señale la ley”. Por otro lado se encuentra el dominio público definido como el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad (artículos 63, 82, 102, 332 de la Carta)¹

4. Bienes del Estado cuyo régimen es igual al de los particulares, también se denominan bienes fiscales. Se definen en el artículo 674 del Código Civil como aquellos bienes “cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes..”. Son bienes patrimoniales del Estado o de sus entes territoriales destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza en forma inmediata.

Dentro de esta especie se encuentran también los bienes fiscales adjudicables, que son aquellos por los cuales el Estado asume la titularidad en la medida que se traslade el uso y explotación a manos de particulares, en principio a cambio de una contra prestación económica para el Estado, ejemplo: las minas, los bienes baldíos.

5. Bienes afectados al Uso Público. Se encuentran en cabeza del estado u otros entes estatales y se caracterizan por ser bienes usados por la comunidad, la cual los puede aprovechar en forma directa, libre, gratuita, impersonal, individual o colectivamente, generalmente tiene que ver con los intereses vitales de la comunidad.

Estos bienes no son res nullius, pero respecto de su titularidad existen dos teorías que vale la pena destacar. Para algunos teóricos, el propietario de los bienes de uso público es el Estado, quien ejerce sobre ellos una reglamentación de uso. Esta posición es la que acoge el artículo 674 del Código Civil, los define como aquellos bienes cuyo “dominio pertenece a la República” y el “uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos...”. Este listado meramente enunciativo se complementa con varias normas, entre las cuales se encuentra la disposición contenida en el artículo 116 del Decreto 2324 de 1984 donde define como bienes de uso público las playas, terrenos de bajamar y las aguas marinas.

La segunda teoría es acogida por varios doctrinantes (entre los cuales se destaca Bielsa, Marienhoff, José J. Gómez) quienes consideran que el titular de estos bienes es la colectividad o el pueblo, de suerte que el Estado ejerce únicamente la administración a través de su poder administrativo regulador y reglamentario.

El derecho al aprovechamiento de los bienes de uso público encuentra su regulación legal en disposiciones que son el resultado de la obligación constitucional de velar por la protección del espacio público, que comprende los bienes de uso público. Así el Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales consagra los “modos de adquirir el derecho a usar los recursos naturales renovables de dominio público”, el Código Nacional y los Códigos departamentales de Policía señalan las autoridades de policía, conductas a seguir para la preservación de los bienes de uso público.

¹ La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional en >Sentencia T-566/92 distinguió tres clases de propiedad, la privada, la estatal (cuyo titular es el Estado) y pública (se predica de la nación), aquí enmarcamos el dominio en dos grandes grupos, el privado y el público en sentido genérico.

6. El artículo 63 de la Constitución Nacional otorga a los bienes de uso público como efecto jurídico el carácter de **imprescriptibles**, porque son bienes no susceptibles de usucapión. De inalienables, esto es, son bienes que se encuentran fuera del comercio ya que no pueden ser materia de actos jurídicos que impliquen tradición o pérdida de la finalidad del bien. Debe aclararse que a este concepto no se opone la posibilidad que tiene el Estado de regular y permitir formas de utilización de estos bienes, por cuanto existen usos “especiales” o “diferenciales”², pero no preferentes que son otorgados bajo la forma de concesión o permiso a determinado grupo de personas, cuya utilización no puede desvirtuar el carácter de público de esta clase de bienes, a manera de ejemplo podemos citar las casetas de dulces que se instalan temporalmente dentro de un parque. Y son **Inembargables** puesto que la Constitución explícitamente impide embargos, secuestros y cualquier medida de ejecución tendiente a restringir el uso directo o indirecto del bien. Sobre este punto la Sala de Revisión se ha pronunciado así:

“Esto muestra entonces que la teoría de la comercialidad de los bienes se rompe cuando se trata de bienes de uso público. No es válido entonces exigir matrícula inmobiliaria de tales bienes para determinar si son de uso público, puesto que tales bienes, por sus especiales características, están sometidos a un régimen jurídico especial, el cual tiene rango directamente constitucional. Por ello, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte suprema de Justicia había dicho que “el dominio del Estado sobre los bienes de uso público, es un dominio sui generis”. Y la Corte Constitucional también ha diferenciado con nitidez, en anteriores decisiones, el dominio público y la propiedad privada. Así, según la Corte, los bienes de dominio público se distinguen “por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público. “En particular sobre los bienes de uso público, la Corte señaló en esa misma Sentencia que éstos son inalienables, imprescriptibles e inembargables...”³

La doctrina⁴ clasifica este tipo de bienes según el origen o formación de la cosa, división que tiene importancia desde el punto de vista jurídico dentro de la teoría del dominio público, en:

- Bienes de uso público Naturales, es decir, bienes que se encuentran en el estado en que la naturaleza los ofrece. La Constitución en el artículo 63 se refiere a los parques naturales que son de este tipo de bienes.
- Bienes de uso público artificiales, son los que el legislador declaró públicos y cuya creación depende de hechos humanos, en nuestra legislación están contenidos, entre otros, en el artículo 674 de la legislación civil.

La Afectación al uso público.

Como primera medida es importante aclarar que esta Sala de Revisión avocará el estudio teórico de la desafectación y afectación de los bienes de uso público que el tema plantea, pero no se referirá a la conveniencia o impertinencia del acto administrativo que origina la presente tutela, por cuanto es a la justicia contencioso administrativa a quien le corresponde el estudio concreto.

7. Ahora bien, la afectación consiste en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto. Como se desprende de la anterior definición, para que el fenómeno de la afectación sea posible requiere de dos momentos claramente identificables: a) un aspecto material, esto es, la existencia de un bien apto para el uso público y b) el aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público.

Entre nosotros, la afectación puede consistir en una manifestación de voluntad o en **hechos de la administración**, por cuanto existen bienes naturales en donde la sola presencia del bien implica la titularidad del dominio en cabeza del Estado, pues, hay normas genéricas que así lo disponen, (a manera de ejemplo

² Así los denomina el tratadista Miguel Marienhoff en su libro Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1988, Págs 169 s.s. Esta denominación la acoge el Código de Recursos Naturales.

³ Sentencia T-572/94.M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Al respecto puede verse Parada Ramón, Marienhoff, Escola Jorge, Dromi Roberto, Vidal Perdomo Jaime.

los ríos son de uso público de acuerdo con lo perceptuado en el artículo 677 C.C.). Pero respecto de la afectación por hechos de la administración respecto de los bienes artificiales, nuestra legislación ha señalado que la naturaleza jurídica particular no se altera por el uso público. Así lo establece el artículo 676 (sic) del Código Civil cuando dispone que:

“Los puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes de la unión, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos los habitantes del territorio.”

Al respecto la Corte Suprema de Justicia explica el punto cuando aclara que “ los actos de mera facultad no confieren posesión ni dan lugar a prescripción alguna.”⁵

En conclusión, nuestra legislación recoge como formas de afectación la manifestación de voluntad de la administración, el suceso de hechos de la naturaleza, por supuesto en bienes naturales, pero no los hechos que incorporen un bien artificial particular al uso público.

Requisitos para la afectación de un bien al uso público

8. Esta Sala de Revisión se referirá a las reglas básicas para que la afectación al uso público de un bien surta efectos jurídicos.

a) La existencia de una manifestación de voluntad o de actitudes de la administración que permita asegurar que el uso de un bien se encuentra a disposición del público. Dentro de la primera opción (manifestación de voluntad) se encuentra la facultad de que dispone el ente estatal de obtener un bien (Capítulo III de la Ley 9a. de 1989, el artículo 17 del Decreto 855 de 1994, adquisición de inmuebles por negociación directa) y destinarla al uso público, o la posibilidad de expropiar un bien cuyo uso sea menester ofrecerlo al público (el artículo 58 constitucional faculta al Estado para expropiar bienes por motivos de utilidad pública o de interés social que el legislador defina). Dentro de la segunda opción, o sea, las actitudes de la administración, se cita a guisa de ejemplo la inauguración de una obra que

se abre al público o presentar abierta una calle para su uso.

b) Existencia de un título de dominio. Esta formalidad se presenta en forma diversa de acuerdo con el tipo de afectación que se realiza, entonces, si se adquiere un bien, en este caso, se requiere un título traslativo de dominio que lo respalde, si se expropia es necesaria la Sentencia judicial o el acto administrativo que lo decreta. Pero también existen bienes que se afectan por ministerio de la ley, por cuanto el título puede consistir en una ley que faculta al Estado para detentar el derecho real de manera directa. (ejemplo: el Código Civil dispone que las calles son de uso público).

c) La afectación debe ser real y efectiva, esto es, que la cosa sea apta para el destino público y que tenga el carácter de ser idónea para el uso público. En palabras de la Ley 9a. de 1989, artículo 5º, se requiere que el bien presente un interés público manifiesto y conveniente.“ (Sentencia T -150 de 1995, Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, MP Alejandro Martínez Caballero)

Una vez, realizada la revisión sobre los bienes de uso público y su afectación entremos en con materia respecto de los bienes de uso público de los que trata la consulta.

Estas cesiones hacen parte del conjunto de mecanismos dirigidos a desarrollar el principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas, y como tal son un mecanismo, entre otros, dirigido a garantizar el reparto equitativo de las cargas y beneficios derivados del ordenamiento urbano. (Ley 388 de 1997, artículos 37, 38 y 39)

Respecto de la conformidad de las cargas de cesión gratuita, propias del desarrollo urbanístico, se pronunció en el pasado la Corte Constitucional al fallar la acción pública de inconstitucionalidad presentada contra algunos apartes de los artículos 1, 2 y 7 de la Ley 9 de 1989. En tal oportunidad el Juez Constitucional expresó, mediante la Sentencia C-295 de 1993 de 29 julio de 1993:

“(…) En efecto, no hay duda de que en virtud de su función social urbanística la propiedad está

⁵ Puede verse la Sentencia de 21 de abril de 1953, proferida por la Sala de Negocios de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial LXXIV. Págs. 798.

sometida a una serie de limitaciones legales que afectan básicamente su uso, dentro de las cuales se encuentran las denominadas cesiones obligatorias gratuitas.

Tales cesiones nacen de la obligación que tienen los propietarios que construyen urbanizaciones, edificios, realizan parcelaciones, etc., de ceder gratuitamente a los entes municipales una parte de su terreno, destinada a calles, parques, plazas, vías de acceso, zonas verdes, etc.

El Tratadista Allan Brewer Carias define tales cesiones 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”. (Urbanismo y propiedad privada)

Nuestra Corte Suprema de Justicia expresó sobre ellas que “no tienen el alcance de una 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 asisten de dictar normas para planificar ordenadamente el urbanismo de las ciudades, y que los Concejos municipales desarrollan según lo dispuesto en el Estatuto Fundamental (art. 197-1)”. (sent. 97 noviembre 9 de 1989).

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 zonas cedidas pasan a formar parte del espacio público, por cuya protección debe el Estado velar, conforme al artículo 82 de la Carta, y cuya

destinación al uso común, es apenas una consecuencia del principio que antepone el interés común al individual. Tales zonas son definidas por el artículo 5o. de la ley 9 de 1989, como “el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes”, señalando en su inciso segundo, entre otras, las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, los parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, etc, y en general “todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo”.

Para la Corte Constitucional es claro que las regulaciones urbanísticas cumplen una función social y ecológica, pues tienen como propósito la ordenación y planificación del desarrollo urbano y el crecimiento armónico de las ciudades, con el fin de garantizar una vida adecuada a las personas que las habitan, teniendo en cuenta no sólo los derechos individuales sino también los intereses colectivos en relación con el entorno urbano. Y es por ello que se regula la propiedad horizontal, se establecen normas que reglamentan la construcción de viviendas señalando el volumen y altura de los edificios, imponiendo la obligación de dejar espacio suficiente entre un edificio y otro, la de construir determinadas zonas para jardines, parques, áreas verdes, calles peatonales, vías de acceso a las viviendas, etc., con el fin de lograr la mejor utilización del espacio habitable, para beneficio de la comunidad.

Cabe agregar aquí que de conformidad con el artículo 313-2 de la Constitución Nacional compete a los Concejos Municipales “adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas”; planes que al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 339 ib., deben elaborar y adoptar “de manera concertada” con el Gobierno Nacional, “con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley”. Igualmente les corresponde “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la

ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda” (art. 313-7 C.N.).

En consecuencia, las cesiones obligatorias gratuitas por razones de urbanismo a que aluden los artículos 1, 2 y 7 inciso primero de la ley 9 de 1989 y la obligación de incluirlas dentro de los planes de desarrollo o planes de desarrollo simplificado, no violan el derecho de propiedad consagrado en el artículo 58 de la ley suprema, ni ningún otro precepto del mismo ordenamiento.

Es que resultaría paradójico y hasta lógicamente contradictorio que la Constitución de un Estado Social de Derecho prohibiera la limitación del derecho de propiedad cuando ella se cumple en aras del interés común.”

Ahora bien el tratamiento de las cargas propias del desarrollo urbanístico se encuentra en normativa propia, en el Distrito Capital. Esta normativa hace referencia tanto a la afectación de tales bienes al uso público como su consecuencia en materia tributaria. Las disposiciones correspondientes son las siguientes (subrayado fuera del texto original):

El Acuerdo 6 de 1990, por medio del cual se adopta el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá, y se dictan otras disposiciones, establece en sus artículos 71, 72 y 74:

Artículo 71º.- Zonas de uso público por destinación que de ellas hagan propietarios o urbanizadores. Para todos los fines legales, en terrenos sin urbanizar en relación con los cuales se tramiten o se hayan obtenido licencias de urbanización, las áreas o zonas de terreno destinadas al uso público estarán siempre afectas a ese fin específico, con el solo señalamiento que se haga de ellas en el plano de proyecto general, aún cuando permanezcan dentro del dominio privado y sólo podrán ser reubicadas y redistribuidas con las consiguientes desafectaciones al uso público que ello conlleva, antes de su entrega real y material al Distrito Especial de Bogotá y mediante la modificación o sustitución del proyecto general, si a ello hubiere lugar, por otro que contemple la nueva distribución de las áreas de uso público, siempre que el nuevo planteamiento urbanístico se ciña a las normas vigentes en el momento de su presentación, ya sea que se trate de una modificación o ya la sustitución total del proyecto inicial.

Los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles del dominio privado constitutivos de espacio público, podrán ser variados por los propietarios o constructores, siempre que las variaciones estén amparadas con permiso o licencia

de construcción, adecuación o modificación, de acuerdo con el proyecto aprobado en el cual se hayan previsto los nuevos elementos de espacio público con arreglo a las normas vigentes.

Artículo 72º.- Zonas de uso público en desarrollos objeto de legalización. Se considerarán también como de uso público y como parte del Espacio Público, aún sin que haya mediado cesión o entrega de las mismas al Distrito Especial de Bogotá y aún sin haber sido destinadas a tales fines en planteamiento urbanístico de urbanizador responsable, las áreas destinadas a vías, las destinadas a zonas verdes de uso público, las destinadas a equipamiento comunal público y las destinadas a la Ronda o Área Forestal Protectora en ríos, embalses, lagunas, quebradas y canales que figuren como tales en los planos adoptados como parte integrante de los actos administrativos de legalización de barrios, asentamientos o desarrollos ilegales o clandestinos.

Artículo 74º.- Demarcación del patrimonio de uso público. Es la fijación de la línea que determina el límite entre un lote de uso privado y los bienes de uso público.

A su vez, el Decreto 190 de 2004, que se encuentra actualmente vigente, por medio del cual se compilan las disposiciones contenidas en los Decretos Distritales 619 de 2000 y 469 de 2003, establece en los artículos 275 y 276, lo siguiente:

Subcapítulo 8. Otras normas generales aplicables al espacio público

Artículo 275. Escritura de constitución de urbanizaciones, barrios o desarrollos urbanísticos (artículo 265 del Decreto 619 de 2000).

En la escritura pública de constitución de la urbanización, barrio o desarrollo urbanístico, se deberá incluir una cláusula que exprese que este acto, por sí mismo, implica la cesión obligatoria gratuita al Distrito Capital de las áreas públicas. Las áreas públicas objeto de este tipo de cesión deberán ser demarcadas por localización, alinderación y amojonamiento con base en el plano aprobado en la escritura pública y el urbanizador tendrá la obligación de avisar a la Defensoría del Espacio Público del Distrito Capital para que concurra a firmar la escritura en señal de aceptación. Una vez la escritura sea registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, esta entidad procederá a abrir los folios de matrícula inmobiliaria correspondientes a cada una de las cesiones respectivas.

Artículo 276. Zonas de uso público por destinación en proyectos urbanísticos y en actos de legalización (artículo 266 del Decreto 619 de 2000).

Para todos los efectos legales, las zonas definidas como de uso público en los proyectos urbanísticos aprobados por las autoridades competentes y respaldados por la correspondiente licencia de urbanización, quedarán afectas a este fin específico, aun cuando permanezcan dentro del dominio privado, con el solo señalamiento que de ellas se haga en tales proyectos.

Dichas zonas podrán ser reubicadas y redistribuidas, con las consiguientes desafectaciones al uso público, antes de la terminación de las obras correspondientes, y del registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, siempre que se cumpla la normatividad que les dio origen y no se vulnere el interés colectivo ni los derechos de terceros. Para tal efecto, procederá la modificación o sustitución del proyecto urbanístico respectivo y de los demás actos producidos con ocasión de la definición de las cesiones que son materia de redistribución.

El presente artículo será aplicable en lo pertinente para los desarrollos objeto de legalización, cuando el urbanizador responsable o la comunidad interesada en la legalización, según el caso, pueda realizar las cesiones de las áreas públicas.

En materia tributaria, por su parte, las siguientes disposiciones han regulado el tema establecido un tratamiento de exención o de exclusión, así como diferenciando en su redacción el momento o situación que da lugar al tratamiento especial.

Acuerdo 11 de 1998, artículo 12 : **Artículo 12°.-** En consideración a su especial destinación, los bienes de uso público de que trata el Artículo 674 del Código Civil, están exentos del Impuesto Predial y Sobretasa Catastral, a partir de la fecha de su afectación con tal calidad.

Decreto 423 de 1996, artículo 21: **“Artículo 21. Exenciones.** Están exentos del Impuesto Predial Unificado:(...)

k) En consideración a su especial destinación, los bienes de uso público de que trata el artículo 674 del Código Civil a partir de la fecha de su afectación con tal calidad.(...)

Acuerdo 26 de 1998, artículo 3º, literal d): **“Artículo 3º.- Exclusiones al Impuesto Predial Unificado.** No se declarará ni pagará impuesto predial unificado por los siguientes inmuebles:

d) En consideración a su especial destinación, los bienes de uso público de que trata el artículo 674 del Código Civil.

Decreto 400 de 1999, artículo 18, literal f): **Artículo 18. Exclusiones.** No declararán ni pagarán impuesto predial unificado, los siguientes inmuebles:(...)

a) En consideración a su especial destinación, los bienes de uso público de que trata el artículo 674 del Código Civil.

(...)

Decreto 352 de 2002, artículo 19, literal f) : **Artículo 19. Exclusiones.** No declararán ni pagarán impuesto predial unificado, los siguientes inmuebles:

b) En consideración a su especial destinación, los bienes de uso público de que trata el artículo 674 del Código Civil.

(...)

Ahora bien, el punto álgido en materia de los efectos tributarios resultantes de las cesiones gratuitas a los entes territoriales, se ha centrado en el momento a partir del cual se entiende el inmueble adquiere la calidad de bien de uso público, en tanto en el Distrito Capital existe un tratamiento excepcional en materia del impuesto predial unificado conforme a lo establecido en la normativa distrital. Al respecto este Despacho mediante Concepto 1078, expedido el 5 de febrero de 2005, se expresó lo siguiente:

“Frente al tema hay que establecer primero cuando se entiende que un bien adquiere la calidad de uso público, para lo cual acudimos al concepto rendido por la Defensoría del Espacio Público mediante radicado 2004EE4633 del 1 de abril de 2004, a solicitud de esta oficina, para resolver una inquietud resuelta a través del concepto 1022 del 13 de abril de 2004, en el que señaló:

“...Según las normas urbanísticas actuales del Distrito Capital – Plan de Ordenamiento Territorial – POT (Decreto Distrital 619 de 2000) y la Revisión del Plan de Ordenamiento Territorial (Decreto Distrital 469 de 2003) el artículo 266 del POT prevé la afectación de los bienes al uso público producto de las zonas de cesión obligatorias que deben entregar los Urbanizadores Responsables, producto de los proyectos de urbanismo que desarrollen.

Dispone la norma:

“Artículo 266. Zonas de uso público por destinación en proyectos urbanísticos y en actos de legalización. Para los efectos legales, las zonas definidas como de uso público en los proyectos urbanísticos aprobados por las autoridades competentes y respaldados por la correspondiente licencia de urbanización, quedarán afectas a este fin específico, aún cuando permanezcan dentro del dominio privado, con el solo señalamiento que de ellas se haga en tales proyectos.

Dichas zonas podrán ser reubicadas y distribuidas, con las consiguientes desafectaciones al uso público, antes de la terminación de las obras correspondientes.....

Luego la norma es clara en señalar que un bien se encuentra afecto al uso público, desde el punto de vista del derecho urbanístico con el solo señalamiento en el plano oficial aprobado por la autoridad urbanística, aún cuando permanezca dentro del dominio privado. (Se resalta).

En éste punto del concepto, enfatiza que la afectación de que trata el POT, va referida exclusivamente al ámbito del **derecho urbanístico**, por cuanto en acápites posteriores el ente competente resalta que:

“Para el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, es claro que la exención tributaria para las zonas de cesión se produce a partir de la entrega de las mismas al Distrito Capital mediante Acta de Recibo o Toma de Posesión, y no a partir de la afectación que adquieren con el señalamiento que de ellas se hace en los proyectos urbanísticos aprobados, por que tal es el sentido de la norma. Todo esto antes de la vigencia del Decreto 161 de 1999, por cuanto a partir del 12 de Marzo de 1999, (fecha de entrada en vigencia del Decreto 161) en concordancia con el artículo 117 de la Ley 388 de 1997: “el espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el solo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto

de cesión y las áreas privadas, por su localización y linderos”

...”

Señala igualmente el ente competente, que la transferencia de la propiedad tanto de los bienes fiscales como de las zonas de uso público a favor del Distrito Capital, se realiza agotando los requisitos de título y modo conforme la legislación civil lo establece. Esto es, se requiere de un título (escritura pública, resolución administrativa, sentencia judicial) y de su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para que el Distrito adquiera la plena propiedad.

Señala el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público: *“que frente a éste tema, comparte los criterios expuestos por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital en el concepto enviado a la Subdirección Técnica y Jurídica de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU con radicación 2-2000-36226S, respecto a las cesiones obligatorias gratuitas como bienes de uso público, en cuanto a que las áreas o zonas destinadas o afectas al uso público (espacios públicos) llegan a ser bienes del estado de uso público, bienes públicos de la Nación o inmuebles de uso público, cuando además del uso general de los habitantes de un territorio, se da una de las siguientes formalidades jurídica, administrativa o judicial:*

- 1. Entrega real y transferencia de dominio a favor del estado (Distrito) por parte del urbanizador, mediante acta de recibo o escritura pública registrada.*
- 2. Otorgamiento por parte del urbanizador de la escritura de constitución de la urbanización, firmada por el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio público, en señal de aceptación y registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos.*
- 3. Otorgamiento de la escritura pública por parte del DADEP a su favor, en la cual declare la propiedad pública sobre las zonas de cesión....*
- 4. Cuando no es posible la transferencia del derecho de dominio o propiedad a favor del Estado sobre las zonas de cesión obligatorias gratuitas a través de una de las formas de los numerales anteriores, en todo caso, la autoridad competente deberá adelantar las acciones necesarias, tendientes a su titulación....*

De conformidad con lo anterior, se concluye que el concepto del ente competente va dirigido a afirmar que el tratamiento de la exención o exclusión tri-

butaria para los bienes de uso público se produce teniendo en cuenta dos eventos:

- a) A partir de la entrega de las mismas al Distrito Capital mediante Acta de recibo o toma de posesión, y no a partir de la afectación que adquieren con el señalamiento que de ellas se hace en los proyectos urbanísticos aprobados.
- b) Después de la vigencia del artículo 117 de la Ley 388 de 1997, en concordancia con el Decreto 161 de 1999, donde se fija el procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la oficina de instrumento públicos y Privados, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión, así como las áreas privadas.

Teniendo en cuenta el aparte del concepto transcrito, resulta claro que antes de la expedición de la Ley 388 de 1997, la exención operaba a partir del acta de recibo o toma de posesión, momento en que el bien se entendía como de uso público.

De esta forma es importante explicar que en principio el tratamiento fiscal que se daba a los bienes de uso público era el de exención, lo que quiere decir que subsistía la obligación de declarar.

Así se encontraba previsto en el artículo 12 del Acuerdo 11 de 1.988 compilado en el literal k) del artículo 21 del Decreto Distrital 423 de 1.996, que prescribía:

“(...) Están exentos del Impuesto Predial Unificado:

“En consideración a su especial destinación, los bienes de uso público de que trata el artículo 674 del Código Civil a partir de la fecha de su afectación con tal calidad”

En este orden de ideas en el concepto 714 del 8 de octubre de 1998, esta oficina se pronunció sobre la forma de aplicación de esta exención, expresando que:

“(...) A partir de 1.994, de acuerdo con lo preceptuado en el Parágrafo Tercero del artículo 13 del Decreto Distrital 807 de 1.993, las exenciones a que se tenga derecho, se solicitarán en la respectiva declaración tributaria, sin que se requiera reconocimiento previo alguno, por lo tanto, si no se han presentado las declaraciones del impuesto predial por los inmuebles del Distrito Capital incurso en la exención en comento, por las vigencias fiscales 1.994 y posteriores, deben elab-

borarse y presentarse las declaraciones respectivas, liquidando la sanción por extemporaneidad de que trata el Inciso Tercero del artículo 61 del Decreto Distrital 807 de 1.993. Lo anterior, teniendo en cuenta que, la exención libera al sujeto pasivo del impuesto predial del deber sustancial de pagar el impuesto más no del deber formal de presentar la respectiva declaración.(...).”

En forma posterior con la expedición del Acuerdo 26 de 1998, quedan excluidos del impuesto predial unificado los bienes de uso público, lo que quiere decir que a partir de 1999 no se debe cumplir con la obligación de declarar ni de pagar y adicional a ello la condición de bien de uso público desde la Ley 388 de 1997 sólo se adquiere con la transferencia de dominio del bien al Distrito Capital.

Efectuadas las anteriores aclaraciones, nos referiremos al segundo problema jurídico que enfrenta la consulta que nos ocupa, referido a la obligación de declarar. Frente a la aplicación del tratamiento fiscal como bien de uso público, abordaremos la aplicación de la extinción de la obligación tributaria por confusión cuando el Distrito Capital o uno de sus entes del nivel central asume la calidad de propietario o poseedor de un inmueble.

Cuando el sujeto pasivo del tributo es el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en los extremos de la relación jurídica tributaria, concurren el Sujeto Activo y el Sujeto Pasivo del tributo, situación que genera confusión de la deuda y por consiguiente, extinción de la obligación fiscal, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1.724 del Código Civil, que reza:

“Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago”.

En conclusión, cuando el Distrito Capital se constituye en sujeto pasivo de una obligación tributaria no debe declarar ni pagar en cualquier vigencia.

En este orden de ideas, es importante anotar que el sujeto pasivo del impuesto predial es el propietario o poseedor de los bienes inmuebles ubicados en la jurisdicción de Bogotá. (Artículo 18 del decreto distrital 352 de 2002).

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe aclarar que se asume la condición de poseedor para

los inmuebles que si bien aún no se ha dado la transferencia de propiedad al Distrito Capital o entidad pública, éste entra a ejercer actos de señor y dueño sobre los mismos, como (actas de recibo, de toma de posesión, preparación del terreno y construcción de obras sobre los mismos), para los fines del Distrito Capital o sus entidades públicas.

De esta forma a partir del momento en que se convierte en poseedor el Distrito Capital o su entidad pública del nivel central, asume la calidad de sujeto pasivo del tributo, lo que hace que se pueda excluir al propietario inscrito de cualquier obligación, dando prevalencia a la verdad real sobre la formal y atendiendo a que en virtud de la ley el poseedor es sujeto pasivo del impuesto..

De lo anterior podemos establecer que en el caso de la posesión de bienes inmuebles por parte de entidades del nivel central, no son sujetos pasivos del impuesto predial unificado, es decir, no serán contribuyentes de este tributo, por existir concurrencia del sujeto activo y pasivo del tributo, que genera extinción de la obligación fiscal por confusión en los extremos del vínculo obligacional del tributo y por consiguiente, no están obligados a cumplir deberes formales ni sustanciales por este concepto desde el período gravable siguiente al inicio de la posesión o propiedad. “

Nuevas consideraciones conducen a este Despacho a recoger la Doctrina expuesta en el Concepto 1078 de 2005. Si bien, la postura doctrinal que se expone en el Concepto en cita fue de recibo en la vía judicial, posteriores pronunciamientos modificaron esta situación. En su momento, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró:

“En este caso, la litis se centra en determinar si el inmueble señalado por la sociedad está exento del impuesto predial por los años gravables 2001 y 2002, por tratarse de un bien de uso público.

Los puntos así resumidos, serán analizados dentro del siguiente marco jurídico y conceptual:

El Código Civil enseña:

“Art, 674.- (...)

A su vez, a nivel Distrital el Artículo 5º de la Ley 9 de 1989 dispone:

ARTÍCULO 5º . (...)

Con base en las normas pretranscritas, se colige que los bienes de uso público, pueden denominarse así por su naturaleza, o por su destinación; y continúan con esa calidad especial mientras sigan vinculados a la finalidad pública y en los términos en que esta así lo exija, los primeros son

aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los rios, torrentes, ayas marítimas y fluviales, radas entre otros, también los que siendo obra del hombre están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado es de competencia de las autoridades locales, mientras que los segundos son aquellos inmuebles de propiedad particular afectados al uso público tal y como ocurre con la zona de cesión para vías locales, espacio público y equipamiento propios de la urbanización.

Para que un bien inmueble esté afectado como bien de uso público por destinación y a su vez este amparado por la exención al impuesto predial unificado en el Distrito Capital era aplicable el precepto legal contenido en el artículo 12 del Acuerdo 11 de 1988:

“ARTÍCULO 12. En consideración a su especial destinación los bienes de uso público de que trata el artículo 674 del Código Civil están exentos del Impuesto Predial y Sobrenada Catastral, a partir de la fecha de su afectación con tal calidad.”

A su vez el Decreto Reglamentario 1039 de 1998 consagraba el trámite establecido para el reconocimiento de la afectación por destinación al uso público:

“Artículo 3. Para efectos del artículo 12 del Acuerdo No. 11 de 1988, se entiende que la afectación se inicia a partir de la fecha de celebración de la promesa de compra Venta de que trata el numeral 2 del artículo 379 del Acuerdo 6 de 1985.

(...)

Parágrafo 2 En los casos de cesión al Distrito Especial de Bogotá se entenderá que la afectación se inició a partir de la fecha del acta de entrega de las áreas debidamente legalizadas, evento en el cual el tesorero expedirá el paz y salvo Notarial, válido solo para efectuar la tradición al Distrito Especial siempre y cuando se hayan cancelado todos los impuestos y contribuciones causados con anterioridad a la fecha del acta de entrega.”

Al tenor de las normas aludidas un bien de uso público en razón a su especial destinación estaba exento del impuesto predial a partir de la suscripción del Acta de entrega de las áreas que pretendían cederse, la cual consistía en un acto administrativo suscrito entre el dueño del predio

y la Procuraduría de Bienes del Distrito Capital.

No obstante para la época de discusión del impuesto predial, es decir, años gravables., 2001 y 2002, había entrado en vigencia la ley 388 de 1997 por medio de la cual se modificó la Ley 9a de 1989 de reforma urbana:

“Artículo 117. Incorporación de áreas públicas. Adiciónase el artículo 5º de la ley 90 de 1989, con el siguiente párrafo:

Parágrafo. El espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el solo (sic) procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión y las áreas privadas, por su localización y linderos. La escritura correspondiente deberá otorgarse y registrarse antes de la iniciación de las ventas del proyecto respectivo.” (Subrayado fuera de texto).

En efecto, este artículo es claro al establecer que para que un bien sea tenido como de uso público debe existir una Escritura Pública de Constitución de la Urbanización, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de la cesión al Distrito, con su respectiva localización y linderos; y debe ser registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Así las cosas, analizadas conjuntamente las normas enunciadas, el contribuyente que pretenda estar cobijado por la exención del impuesto predial debe no sólo contar con la suscripción del Acta de entrega sino también con la Escritura Pública enunciada. (...)” (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta MP. Dra. Beatriz Martínez Quintero, Expediente 2004-2024 de 31 de octubre de 2006)

No obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, en Sentencia con ponencia de MP. María Marcela del Socorro Cadavid Bringe, Expediente 110013331041200700103-01 del 26 de marzo de 2009, expresó:

“ Se concreta la litis en establecer la legalidad de la Resolución No. DDI-012721 LOR 2007EE53477 de 14 de marzo de 2007, que modificó y liquidó oficialmente el impuesto predial unificado del predio ubicado en la calle 55 No. 1B – 03 a cargo de la sociedad demandante por el año gravable 2004, proferida por la Subdirección de Impuestos a la Propiedad de la Dirección Distrital de Impuestos.

En los términos del recurso de apelación, el pro-

blema jurídico se centra en establecer cuál fue el momento de la afectación a uso público del predio objeto de liquidación del impuesto predial y en consecuencia, a partir de qué momento debe ser considerado como excluido del impuesto predial. (...)

Las normas que regulan la materia vigentes para la época de los hechos son las siguientes:

Artículo 674 del Código Civil que establece: (...)

En el Acuerdo 11 de 4 de noviembre de 1988 por medio del cual se reforma la estructura tributaria distrital y se dictan otras disposiciones, el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, estableció en el artículo 12: (...)

El Acuerdo 6 de 1990, por medio del cual se adopta el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá, en los artículos 71 y 72 estableció:

Artículo 71º.- (...)

Artículo 72º.- (...)

Sobre el tema de la afectación al uso público en las cesiones obligatorias la Corte Constitucional precisó⁵: (...)

De las normas anteriores y de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional se deriva: que la afectación de bienes para el uso público está dada por la destinación que se haga de las zonas objeto de cesión en los proyectos urbanísticos; que las des-afectaciones al uso público, deben hacerse antes de la terminación de las obras correspondientes y del registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos.

La Sala observa, que la afectación de bienes para el uso público surge de la especificación que de ellas se haga en los proyectos urbanísticos aprobados por las autoridades competentes, con el respaldo de la correspondiente licencia de construcción, y por lo tanto, antes de que se haga el registro de la escritura de constitución en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Es decir, que tanto la afectación como la des-afectación de las áreas destinadas al uso público en los terrenos sin urbanizar, en relación con los cuales se tramiten o se hayan obtenido licencias de urbanización, son situaciones independientes

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-195 de 4 de abril de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, REF: EXPEDIENTE T-54186.

respecto del registro de la escritura pública, razón suficiente para desestimar la posición de la apoderada de la entidad demandada, cuando sostiene que la afectación al uso público de las zonas de cesión obligatoria nace en el momento del registro de la escritura pública.

Las normas mencionadas no establecían como requisito para la afectación a uso público que ellas constaran en escritura debidamente registrada ante la Oficina de Instrumentos Públicos, ni que se hubiese efectuado entrega mediante Acta.

(...)

De acuerdo con los anteriores elementos de juicio la Sala observa que la demandante tramitó y obtuvo de parte de las autoridades distritales una licencia de urbanización a través de la Resolución 0750 de 1996 en la cual se determinaron, de acuerdo a los respectivos planos unas zonas de cesión con las afectaciones antes señaladas y

en las áreas informadas. El predio que nos ocupa corresponde a la cesión para vías locales vehiculares (con un área de 1.271.63 M2).

La parte demandada aduce que si bien es cierto, dichas zonas fueron objeto de licencia urbanística en la cual se definieron como zonas cedidas al Distrito Capital, para uso público, esto no conlleva su afectación como bien de uso público por falta del Acta de Entrega o Toma de Posesión.

Lo afirmado por la demandada obliga a remitirse a lo prescrito por los artículos 71 y 72 del Acuerdo 6 de 1990, que regía para la época de los hechos, por medio del cual se adoptó el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá. La norma distrital señala que aquellos terrenos sin urbanizar y sobre los cuales se tramite o se hayan obtenido licencias de urbanización, como lo son las áreas o zonas de terreno destinadas al uso público, las cuales estarán siempre afectas a ese fin específico con el solo señalamiento que se haga de ellas en el plano del proyecto general y solo podrán ser reubicadas y redistribuidas con las consiguientes desafectaciones al uso público que ello conlleva, antes de su entrega real y material al Distrito Especial de Bogotá, y mediante la modificación o sustitución del proyecto general, si a ello hubiere lugar, por otro que contemple la nueva distribución de las áreas de uso público, siempre que el nuevo planteamiento urbanístico se ciña a las normas vigentes en el momento de su presentación.

De otra parte, también se consideran como de uso

público y como parte del Espacio Público, aún sin que haya mediado cesión o entrega de las mismas al Distrito Especial de Bogotá, y aún sin haber sido destinadas a tales fines en el planteamiento urbanístico del urbanizador responsable, las áreas destinadas a vías, zonas verdes de uso público, equipamiento comunal público y las rondas o áreas forestal protectoras de ríos, embalses, lagunas, quebradas canales que figuren como tales en los planos adoptados como parte integrante de los actos administrativos de legalización de barrios, asentamientos o desarrollos ilegales o clandestinos.

(...)

Entonces, contrario a lo afirmado por la Secretaría de Hacienda Distrital, la afectación del predio como bien de uso público se constituyó desde su señalamiento en los planos contenidos en los documentos antes citados, de conformidad con los artículos 71 y 72 del Acuerdo Distrital 6 de 1990.

(...)

Así mismo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, en Sentencia con ponencia de MP. Beatriz Martínez Quintero, Expediente 110013331043-2007-00085 del 04 de febrero de 2010, consideró:

La litis se centra en establecer si para liquidar el impuesto predial 2004, se debe tomar la declaración del contribuyente en donde se indica que el inmueble ubicado en la calle (...) es un bien de uso público o si se debe tomar la Liquidación Oficial de Revisión en donde se estipula que se refiere a "Predios Urbanizados no Edificados", es decir, se trata de un predio edificado, por lo que debe tributar.

Para resolver, es necesario hacer las siguientes precisiones acerca del Impuesto Predial Unificado el cual tiene su desarrollo legal con la Ley 44 de 1990 y es un tributo municipal que grava la propiedad inmueble o su posesión, bien sea en áreas urbanas, rurales o suburbanas.

El artículo 656 del Código Civil define los inmuebles o bienes raíces como las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.

Este impuesto es de tipo real en cuanto recae sobre el inmueble, sin consideración a la calidad del sujeto pasivo (propietario o poseedor) y sin tener en cuenta los gravámenes y deudas que el inmueble soporta.

(...)

Examinando el anterior acervo fáctico y jurídico, la sala advierte que en una oportunidad anterior ya se pronunció sobre el particular a través de sentencia del 23 de julio de 2009 Expediente No 07-00094-01, Magistrada Ponente Doctora Nelly Yolanda Villamizar, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, cuyo demandante era Inversiones Gómez Querubín y en donde se precisó:

“se hace necesario para la Sala volver sus ojos sobre lo que preceptúan los artículos 69 y 70 del Acuerdo Distrital 6 de 1990, así:

“ARTÍCULO 69.- USO PÚBLICO. (...)

“ARTÍCULO 70.- ESPACIO PÚBLICO. (...)

Por su parte, el artículo 117 de la Ley 388 de 1997, norma en la que el Distrito dice apoyar su posición respecto a la necesidad de la inscripción en el registro de instrumentos Públicos del último propietario del inmueble a la fecha de 1° de enero de cada año, por lo cual sostiene no se había anotado la afectación del predio de marras como de uso público, dicha norma prescribe:

“Artículo 117°.- Incorporación de áreas públicas. Adicionase el artículo 5° de la Ley 9 de 1989, con el siguiente párrafo: (...)

Ahora bien, en el caso sub judice, es obligante para la Sala remitirse a lo prescrito en los artículos 71 y 72 del Acuerdo Distrital 6 de 1990, que a la letra rezan: (...)

En ese orden, al examinar el cargo que plantea el Distrito sobre la inaplicación del artículo 117 de la Ley 388 de 1997, en la cual dice apoyar su acto, la Sala debe recordar que si bien esta ley se refiere a la “incorporación de las áreas públicas” con el hecho del sólo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión, lo cierto es que no puede olvidarse que el Impuesto Predial a términos del artículo 362 de la Constitución Nacional¹ es un impuesto del orden territorial de propiedad del Distrito y como tal es el Consejo

Distrital quien tiene la atribución de “establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas; ordenar exenciones tributarias y establecer sistemas de retención y anticipo”, según lo prevé la constitución y la ley.

Respecto del ejercicio de esta atribución el H. Consejo de Estado ha dicho:

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL - Es derivada en el sentido que los municipios sólo pueden establecer los tributos creados en la ley / IMPUESTOS MUNICIPALES - Solo pueden ser creados por el Congreso de la República / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Es el único que puede crear o autorizar la creación de tributos y fijar sus elementos La potestad tributaria de los municipios es derivada, en el entendido que las entidades territoriales en materia impositiva solo pueden establecer aquellos tributos creados en la ley en la medida y condiciones en ella previstos, es decir, su facultad impositiva no es originaria y está necesariamente referida a la LEY. En ejercicio de dicha facultad no puede crear impuestos, toda vez que la facultad impositiva corresponde, al Congreso de la República, por disposición del artículo 338 de la Constitución Política. En ejercicio de su facultad legislativa y como lo prevé el artículo 150 No 12 de la Carta, corresponde al Congreso “establecer las contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales.” Dicha potestad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 338 de la C.P, significa que sólo el Congreso puede crear o autorizar la creación de tributos y fijar directamente los elementos esenciales de los impuestos (hecho gravado, base gravable, sujetos activo y pasivo y la tarifa), o autorizar su determinación por parte de las Asambleas Departamentales o de los Concejos Distritales o Municipales dentro de los precisos límites que al efecto se da. (Sentencia 12426, MP Ligia López Díaz, 6 de marzo de 2003, cita en el pie de página de la sentencia transcrita)

Así las cosas, y contrario a lo afirmado por el Distrito Capital la afectación del terreno como de uso público, se constituye desde su señalamiento en los planos de conformidad con los artículo 71 y 72 del Acuerdo Distrital 6 de 1990, y no como se pretende con la escritura pública, porque la misma

norma establece que dicha afectación surge con el sólo señalamiento que se haga de ella en los planos del proyecto general, sin condicionarla a la entrega real al Distrito, situación que a la vista se presenta en el sub judice, en cuanto las zonas de afectación están determinadas desde su inicio en los planos aun cuando el terreno no había sido urbanizado.”

Conclusiones

Una vez revisado el estado del arte relativo a las cesiones gratuitas y obligatorias a cargo de los urbanizadores o propietarios, así como la incidencia tributaria de éstas arribamos a las siguientes conclusiones.

1. El concepto espacio público comprende los bienes de uso público, así como los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, por lo tanto satisface necesidades colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.
2. En materia del impuesto predial unificado los bienes de uso público han gozado de tratamiento preferenciales, siendo éstos de exención a partir del año 1988, para adquirir el carácter de excluidos a partir del año 1998, encontrándose vigente este último tratamiento.
3. Los bienes de uso público ubicados en el Distrito Capital según su origen son naturales (v. gr. el Río Bogotá o Tunjuelito), o, artificiales, entre los que se puede citar a los comprendidos en el artículo 674 del Código Civil.
4. Las cesiones obligatorias hacen parte del conjunto de mecanismos dirigidos a desarrollar el principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas, y como tal son un mecanismo, entre otros, dirigido a garantizar el reparto equitativo de las cargas y beneficios derivados del ordenamiento urbano.
5. En materia de cesiones que deben realizar los urbanizadores, éstas se encuentran afectas al uso público en tanto, C, i) corresponden a una manifestación de voluntad que se encuentra contenida en la normativa distrital (Acuerdo 6 de 1990 y Decreto 190 de 2004); ii) el título de dominio, es el resultado final en la que se concreta la trasmisión del dominio formal en cabeza del Distrito Capital no obstante, su uso pertenece a todos los habitantes (en voces de la norma civil que lo establece), como tal la afectación proviene directamente de la normativa distrital; y, iii) el señalamiento o la definición de zonas, efectuada con el lleno de los requisitos

expresados en la normativa distrital afecta tales zonas al uso público. Si bien esta afectación no es definitiva persiste en tanto no se presente la desafectación.

6. En materia tributaria, y especialmente en términos de los eventos que dan lugar al tratamiento preferencial de exención o exclusión, aplicable a las zonas de cesión que deben realizar los urbanizadores, tenemos que en el Distrito Capital se encuentran los siguientes períodos, conforme con la vigencia de las normas correspondientes:
 - 6.1 Acuerdo 11 de 1988, su Decreto Reglamentario 1039 de 1988, Las disposiciones citadas regulaban la exención y articulaban su operancia en los eventos, establecidos en el Decreto Reglamentario, que permitían fijar la fecha a partir de la cual se entendía se afectaba un inmueble al uso público. Nótese que el decreto reglamentario no diferencia alguna por el tipo de cesión siendo aplicable a todas ellas.
 - 6.2 Acuerdo 6 de 8 de mayo 1990, esta normativa estableció en sus artículos 70 y 71 a partir de qué momento se entendían afectadas las zonas de cesión relacionadas con proyectos de urbanización o en desarrollos objeto de legalización.
 - 6.3 Decreto 619 de julio 28 de 2000, establece la normativa que actualmente se compila en el Decreto 190 de 2004, artículos 275 y 276, relativas a la afectación de zonas de cesión al uso público. Este último decreto es en la actualidad la normativa vigente en el tema.
 - 6.4 Acuerdo 26 de 1998, otorga el carácter de excluido y suprime en su redacción lo correspondiente al momento a partir del cual se debe entender opera el tratamiento preferencial, con lo que se entiende deroga en su conjunto lo correspondiente contenido en el Acuerdo 11 de 1988, así como su Decreto Reglamentario 1039. La redacción se reproduce en los Decretos 400 de 1999 y 352 de 2002.
7. Respecto de la preceptiva legal contenida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 9 de 1989, tenemos que no regula el evento de la afectación de un bien al uso público, en tanto que regula la “incorporación” del espacio público al dominio de las entidades públicas. Tres elementos permiten esta afirmación: i) el proceso de afectación y desafectación de un inmueble al uso público son anteriores y diferenciados al momento en se tras-

mite el dominio mediante las formalidades rituales contenidas en el Código Civil; ii) la fijación del momento de afectación de un bien al uso público y su consecuencia tributaria hace parte del ejercicio de la autonomía de que dota la C.P. y la ley a las entidades territoriales; y, iii) de la lectura de las disposiciones de afectación (acuerdo 6 de 1990 y Decreto 190 de 2004) no se desprende que esta sólo se aplique en términos del derecho urbanístico, siendo correcto su aplicación no restringida.

8. Finalmente, es de resaltar que la exclusión de que trata la presente consulta corresponde a menor dimensiones de área (ya que se trata de áreas afectadas al uso público), quedando vigente y exigible el gravamen que recae sobre las áreas privadas, sean éstas o no, parte integrante del espacio público. Cómo tal, es necesario para el urbanizador presentar la correspondiente declaración sobre la totalidad del inmueble descontando solo las áreas afectas al uso público., a la tarifa que corresponda conforme la realidad jurídica y física del inmueble.

En los anteriores términos se recoge la Doctrina fijada mediante el Concepto 1078 de 5 de febrero de 2005, expedido por este Despacho.

En los anteriores términos esperamos haber resuelto sus interrogantes,

Cordial saludo

ANA MARÍA BARBOSA RODRÍGUEZ
Subdirectora Jurídico Tributaria
