



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 25000-23-37-000-2012-00173-01 [21596]
Demandante: FIDUCIARIA CENTRAL S.A. FIDUCENTRAL
Demandado: SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN DE BOGOTÁ D.C.

Efecto plusvalía

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 17 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “A”, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda y la condena costas.

ANTECEDENTES

El 13 de septiembre de 2007, la demandante, como vocera del patrimonio autónomo FID-Oficinas Calle 99, solicitó ante la Curaduría Urbana N° 4 de Bogotá D.C. la expedición de la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva y demolición total de los predios ubicados en la Calle 99 N° 7 A - 77, Calle 99 N° 8-13/39/45 y Calle 99 N° 8-27 AP 101/102/201/202¹.

El 29 de enero de 2008, presentó con pago las declaraciones de la participación en la plusvalía correspondientes a los predios antes mencionados, en la que liquidó la suma total de \$51.737.000².

El 20 de febrero de 2008, la Curaduría Urbana N° 4 expidió la licencia de construcción N° LC-08-4-0175³, con fundamento en el Decreto 059 de 14 de febrero de 2007, reglamentario de la UPZ 88.

La Secretaría Distrital de Planeación expidió la Resolución N° 0725 de 13 de junio de 2011, por medio de la cual liquidó el efecto plusvalía para el englobe ubicado en la Calle 99 N° 7 A – 77, Calle 99 N° 8-13/39/45 y Calle 99 N° 8-27 AP 101/102/201/202, y estableció el efecto plusvalía en la suma de \$757.234,45 por metro cuadrado⁴.

El 15 de septiembre de 2011, interpuso recurso de reposición contra el anterior acto, el cual fue confirmado por la Secretaría Distrital de Planeación a través de la Resolución N° 0554 de 27 de abril de 2012⁵.

¹ Fl. 45 c.p.

² Fls. 37 a 44 c.a. 3

³ Fl. 45 reverso C.P.

⁴ Fls. 46 a 48 c.a. 3

⁵ Fls. 50 a 59 c.a. 3

DEMANDA

La FIDUCIARIA CENTRAL S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Oficinas Calle 99, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, formuló las siguientes pretensiones:

*«**PRIMERA.** Declárese la nulidad de la Resolución número 0725 de 13 de junio de 2011 expedida por la Secretaría Distrital de Planeación “por medio de la cual se liquida el efecto plusvalía para el englobe ubicado en la Calle 99 N° 7 A – 77, Calle 99 N° 8-13/39/45 y Calle 99 N° 8-27 AP 101/102/201/202, identificados con CHIP AAA0092TXFZ, AAA0092TXEP, AAA0092TWZM , AAA0092 TWYX, AAA0092TXAW, AAA0092TXBS, AAA0092TXCN, AAA0092TXDE y con los folios de matrícula inmobiliaria No. 50N-59045, 50N-59044, 50C-312442, 50C-312443, 50C-665580, 50C-668180, 50C-665355, 50C-663258, y se determina el monto de la participación en plusvalía.*

***SEGUNDA.** Declárese la nulidad de las Resoluciones número 0554 de 27 de abril de 2012 “por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 0725 del 13 de junio de 2011.*

***TERCERA.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, condénese al Distrito Capital de Bogotá, a la devolución de los dineros pagados por concepto de plusvalía más los intereses comerciales causados desde la fecha de pago hasta la devolución efectiva de tales dineros.*

***CUARTA.** Que se condene en costas y gastos del proceso a la demandada.*

[...].»

Invocó como normas violadas las siguientes:

- Artículos 150 [12], 287 [3], 313 [4] y 338 de la Constitución Política

- Artículos 73, 74, 80, 81 y 83 de la Ley 388 de 1997
- Artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo
- Artículos 3 y 5 párrafo primero del Acuerdo 118 de 2003
- Artículos 2, 5 párrafo, 11 y 18 del Decreto Distrital 020 de 2011
- Artículo 6 de la Resolución 220 de 2004 de la Secretaría Distrital de Planeación
- Artículo 1º del Decreto 1788 de 2004
- Artículos 3 y 7 del Decreto 084 de 2004.

El concepto de violación, en síntesis, se concreta en lo siguiente:

Afirmó que el ente demandado desconoció lo dispuesto por la Ley 388 de 1997, el artículo 5 del Decreto 020 de 2011, y el Decreto 1788 de 2004, según los cuales, en el efecto plusvalía por cambio de uso y/o por mayor aprovechamiento del suelo, se tendrá en cuenta el potencial adicional de edificación que resulta de la diferencia entre los aprovechamientos potenciales máximos permitidos antes y después de la acción urbanística generadora de la plusvalía.

Destacó la vulneración del artículo 338 de la Constitución Política, que proscribe la aplicación retroactiva de los tributos, ya que, si en Bogotá la plusvalía sólo fue adoptada mediante el Acuerdo 118 de 30 de diciembre de 2003 y la acción urbanística se concretó con el Decreto 075 de 20 de marzo de 2003, que constituye el hecho generador de la plusvalía según el artículo 80 de la Ley 388 de 1997, es claro que la resolución demandada liquidó el efecto plusvalía por un hecho generador surgido con anterioridad a la adopción del citado Acuerdo 118 de 2003.

Adujo que de acuerdo con el artículo 6 de la Resolución 220 de 2004, en el evento en que por efecto del englobe de lotes de terreno, efectuado bajo la vigencia de los decretos que reglamentan las UPZ objeto de la presente liquidación, se produzca un incremento en la edificabilidad, el predio resultante del englobe será objeto de la participación en plusvalía, la cual será liquidada y declarada en el momento de la solicitud de la licencia de urbanismo y/o construcción, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 084 de 2004.

Indicó que si el englobe sólo se presenta durante la vigencia del Decreto 059 de 2007, como sucedió en el caso concreto, la comparación normativa se deberá hacer frente al referente o norma anterior, que es el Decreto 075 de 2003, y no el Acuerdo 6 de 1990, tal como lo pretendió la Administración.

Señaló que la demandada desconoció lo dispuesto por los artículos 8, 74, 80, 81 y 83 de la Ley 388 de 1997, por cuanto la licencia que autoriza a construir sobre un englobe de terrenos, independiente de quien la expida, si bien es una acción urbanística, no es una decisión administrativa, que es el hecho generador de la plusvalía.

Resaltó que el cálculo del efecto plusvalía fue realizado de manera particular para el englobe, contrario a lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto 084 de 2004, en determinada zona o subzona geoeconómica homogénea.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Distrito Capital de Bogotá propuso las siguientes excepciones:

Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de que trata el artículo 35 de la Ley 640 de 2001

Indicó que la demandante no agotó el requisito de procedibilidad relativo a la conciliación extrajudicial, por lo que, la demanda debía ser rechazada de plano.

Integración del litisconsorcio necesario

Afirmó que dentro del presente proceso no se vinculó a la Secretaría de Hacienda Distrital, dependencia encargada de la liquidación y cobro de la participación en el efecto plusvalía.

Ineptitud sustantiva de la demanda

Afirmó que la demanda carece del requisito establecido por el numeral 6 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, atinente a la estimación razonada de la cuantía, y falta de unidad en los actos demandados, porque las argumentaciones jurídicas de la actora están dirigidas a los actos generales que rigen la liquidación del efecto plusvalía (Ley 388 de 1997, el Acuerdo 118 de 2003 y el Decreto Distrital 84 de 2004), que no son objeto de la demanda.

Por último, solicitó que se declararan de oficio las excepciones que resultaran probadas en el desarrollo del proceso.

Y se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Indicó que los actos administrativos demandados se fundamentaron en la Ley 388 de 1997, el Acuerdo N° 118 de 2003, el Decreto 190 de 2004 (POT), el Decreto Distrital 084 de 2004 y el Decreto 059 de 2007, normas anteriores y vigentes al momento de la expedición de los actos acusados.

Manifestó que la inconformidad de la actora no se presenta propiamente frente al acto expedido por la Secretaría Distrital de Planeación, sino respecto de los actos generales fundamento de los actos acusados (Acuerdo 118 de 2003 y Decreto Distrital 084 de 2004), y tales actos no fueron demandados.

Con fundamento en el artículo 74 de la Ley 388 de 1997 y las sentencias C-517 del 2007 de la Corte Constitucional y de 5 de diciembre de 2011 del Consejo de Estado, expresó que el hecho generador de la plusvalía no es por sí solo el POT, sino que está determinado por la autorización específica que se adopta posteriormente, a destinar el inmueble a un uso más rentable o incrementar su aprovechamiento.

Aseguró que, el Acuerdo 118 de 2003, solo adoptó como hechos generadores de la participación en plusvalía: 1. El establecimiento o modificación del régimen, o la zonificación de usos del suelo, o; 2. La autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, bien sea elevando el índice de ocupación o el índice de construcción, o en ambos a la vez.

Enfatizó que, conforme con la Ley 388 de 1997, el hecho generador no está constituido por el POT, sino que éste es el fundamento para que posteriormente, mediante otro acto que debe adoptar el carácter de autorización específica, se configure el hecho generador, por lo que la liquidación posterior del tributo, con fundamento en una autorización específica adoptada después de la aprobación del plan y de la regulación de la participación en plusvalía, no contradice el principio de irretroactividad tributaria.

En cuanto al estudio comparativo de la norma, señaló que se debe hacer entre cualquiera de los decretos reglamentarios de UPZ que desarrollan el POT, y el régimen jurídico anterior, por lo que la expedición del POT en el año 2000, constituyó la acción urbanística general con base en la cual se generó un mejor aprovechamiento en la zona donde están ubicados los predios objeto de englobe, lo cual se plasmó en la expedición del Decreto Distrital 075 de 2003. Al respecto, precisó que con posterioridad fue expedido el Decreto Distrital 059 de 2007, que mantuvo las zonas consideradas como generadoras de plusvalía del citado Decreto 075 de 2003.

Adujo que, contrario a lo afirmado por la actora, la comparación normativa para determinar si existió un mayor aprovechamiento por aumento en la edificabilidad de los predios, no se debía realizar entre el Decreto 059 de 2007 y el Decreto 075 de 2003, toda vez que la fecha en que se hizo exigible la participación en plusvalía del englobe predial, fue con la solicitud de la licencia (en el año 2007), cuando se encontraban vigentes el Acuerdo 118 de 2003, el Decreto 190 de 2004 (plan de ordenamiento territorial), el Decreto 084 de 2004 y el Decreto 059 de 2007, siendo este el marco normativo aplicable.

Explicó que, respecto del predio englobado, el cálculo del beneficio normativo se hace teniendo en cuenta el máximo potencial permitido en los dos escenarios normativos, tanto el Acuerdo 6 de 1990 con el Decreto Distrital 735 de 1993, como el POT con el Decreto 059 de 2007, que arrojó la configuración del hecho generador de plusvalía por mayor edificabilidad, como consecuencia del englobe.

AUDIENCIA INICIAL

El 27 de mayo de 2013, el *a quo* llevó a cabo la audiencia inicial⁶ prevista en el artículo 180 del CPACA, en la cual la Magistrada Ponente, en relación con las excepciones previas planteadas por el ente demandado, se pronunció así:

Indicó que la «*Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de que trata el artículo 35 de la Ley 640 de 2001*», no está llamada a prosperar, debido a que el efecto plusvalía es un tributo, por lo que, conforme con la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado, se trata de asuntos no susceptibles de conciliación prejudicial.

Señaló que la «*falta de integración del litisconsorcio pasivo necesario*», no tiene vocación de prosperidad, en razón a que los actos administrativos demandados fueron expedidos por la Secretaría Distrital de Planeación, lo que implica que no resulta procedente vincular como litisconsorte necesario a la Secretaría de Hacienda Distrital, pues ésta no participó en la formación y expedición de los actos en cuestión.

⁶ Fls. 112 a 129 c.p.

Adujo que la «*ineptitud sustantiva de la demanda*» por falta de estimación razonada de la cuantía, no se configuró, ya que se estimó conforme el valor liquidado en el acto acusado, objetivamente determinable de acuerdo con la situación fáctica que fundamenta los cargos de nulidad invocados.

En igual sentido, declaró no probada la excepción de «*falta de unidad en los actos demandados*», debido a que se advirtió que la actora, además de señalar las normas que consideró vulneradas, desarrolló el concepto de violación encaminado a controvertir la legalidad de los actos administrativos demandados.

Por último, respecto de las excepciones de oficio, consideró que no se advirtió ninguna por declarar.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “A”, en sentencia de 17 de septiembre de 2014, negó las pretensiones de la demanda y la condena en costas, con fundamento en lo siguiente:

Señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷, el hecho generador del efecto plusvalía está determinado por una decisión administrativa que constituya una acción urbanística a las que se refiere el artículo 74 de la Ley 388 de 1997 y el Acuerdo 118 de 2003, que estableció las reglas para la participación en el efecto plusvalía en el Distrito Capital, esto es, las autorizaciones específicas, ya sea a destinar el inmueble a un uso más rentable, o bien a incrementar el aprovechamiento del suelo

⁷ Sentencias de 13 de septiembre de 2012, Exp. 18063 y de 5 de diciembre de 2011, Exp. 16532.

permitiendo una mayor área edificada, de acuerdo con lo que se estatuya formalmente en el POT o en los instrumentos que lo desarrollen.

Afirmó que, para este caso, los decretos que reglamentaron la UPZ 88/97 Chicó – El Refugio, esto es, los Decretos 075 de 2003 y 059 de 2007, no son instrumentos independientes del POT (Decreto 190 de 2004 y 619 de 2000), ya que las acciones urbanísticas allí contenidas tienen su origen en el mismo, y son normas que en su conjunto constituyen la ejecución de las políticas territoriales en Bogotá.

Indicó que el englobe de predios que generó la mayor edificabilidad y, por ende, la liquidación del efecto plusvalía, se produjo en vigencia de los Decretos 059 de 2007 y 190 de 2004, siendo el último compilación de las disposiciones contenidas en los Decretos 619 de 2000 y 469 de 2003 (POT), es decir, respecto de dicho englobe la última acción urbanística del Distrito son tales disposiciones, y para efecto de la comparación normativa requerida a fin de determinar el aumento en el grado de edificabilidad que implicaría la liquidación del efecto plusvalía, debía analizarse la norma anterior a la reglamentación de la UPZ 88/97 Chicó Lago – El Refugio (Acuerdo 6 de 1990).

Precisó que la norma anterior al Decreto 059 de 2007, no sería el Decreto 075 de 2003, sino el Acuerdo 6 de 1990, por cuanto, además de que el Decreto 075 de 2003 fue subrogado por el Decreto 059, el mismo fue expedido con ocasión del POT contenido en el Decreto 619 de 2000, acción urbanística vigente para la época en que se generó el englobe de los predios de la demandante.

La comparación normativa realizada por la Administración para determinar la liquidación del efecto plusvalía se efectuó en debida forma, sin que haya retroactividad del tributo, pues el hecho generador no deriva directamente del Decreto 075 de 2003, teniendo en cuenta que es a partir del englobe de los inmuebles que el predio nuevo resultante adquiere la potencialidad de mayor edificabilidad.

Expresó que debido a que la licencia de construcción otorgada a la demandante fue expedida el 20 de febrero de 2008 (respecto de los predios ubicados en las Calle 99 N° 7 A – 77, Calle 99 N° 8-13/39/45 y Calle 99 N° 8-27 AP 101/102/201/202), ello implica que antes de la expedición de esta, ya se había configurado la acción urbanística que hacía exigible la participación en el efecto plusvalía, como quiera que la solicitud de licencia se hizo respecto de los predios englobados, por lo que es a partir de ese hecho y de la expedición de la licencia de construcción que se materializa la exigibilidad de la plusvalía, según lo dispone el artículo 7 del Decreto 084 de 2004, y no antes.

Resaltó que conforme con la Ley 388 de 1997, el Acuerdo 118 de 2003 y el Decreto 084 de 2004, el efecto plusvalía es exigible al momento de la expedición de la licencia de urbanismo o construcción que autoriza a destinar el inmueble a un uso más rentable o a incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, por lo que los actos demandados no confunden los conceptos de nacimiento de la obligación tributaria y exigibilidad de la misma.

Indicó que como la actora, en virtud del englobe de los predios, solicitó licencia de construcción, la Unidad de Catastro remitió a la Secretaría Distrital de Planeación el respectivo estudio técnico para el cálculo del efecto

plusvalía del englobe de predios, conforme a lo previsto en el artículo 7 del Decreto 084 de 2004, y en virtud de la comparación normativa realizada al englobe que arrojó mayor edificabilidad por construcciones a realizar, de acuerdo con el artículo 6 de la Resolución 220 de 2004, la Secretaría Distrital de Planeación liquidó el efecto plusvalía del englobe con base en el cálculo general para la respectiva zona económica homogénea (UPZ 88/97 CHICÓ LAGO – EL REFUGIO), y no de manera individual y concreta, como lo señaló la demandante.

Así, como señaló en los actos acusados, el efecto plusvalía está determinado por la potencialidad de edificabilidad del nuevo predio englobado y no por cada uno de los predios individuales.

En relación con la condena en costas, el *a quo* señaló que, como la política fiscal comporta un interés general y público, y que la controversia planteada en este caso se circunscribe a un tema de carácter tributario, al ventilarse un interés público, no es procedente dicha condena, ni las agencias en derecho, previstas en el artículo 188 del CPACA.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación, que sustentó así:

Con fundamento en los artículos 74 y 80 de la Ley 388 de 1997 expresó que, en su entender, la acción urbanística está constituida por el POT y/o el instrumento que lo desarrolla y complementa.

Señaló que en el presente caso, al haberse concretado el englobe durante la vigencia del Decreto 059 de 2007, la norma anterior a comparar debió ser el Decreto 075 de 2003.

Destacó que está probado que entre el Decreto 059 de 2007 y el Decreto 075 de 2003 no hubo cambio normativo, como lo señaló el Distrito en la Resolución 554 de 2012 que resolvió el recurso de reposición, siendo así, que, como lo expuso en la demanda, el hecho generador surgió realmente con el Decreto 075 de 2003 y por lo tanto, el Acuerdo 118 de 30 de diciembre de 2003 se aplicó en forma retroactiva al hecho generador acaecido con el Decreto 075, en desconocimiento del artículo 338 de la Constitución Política, lo que implica que la resolución demandada liquidó el efecto plusvalía por un hecho generador surgido con anterioridad a la expedición del citado Acuerdo 118 de 2003.

Precisó que conforme con lo previsto por la Ley 388 de 1997, las acciones urbanísticas están compuestas por las decisiones administrativas y las actuaciones urbanísticas, y que de éstas, sólo las decisiones administrativas constituyen hechos generadores de la participación en plusvalía.

Indicó que la expresión “autorización específica” utilizada en el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, no puede asimilarse a la licencia de construcción, que se limita a permitir una construcción dentro del marco normativo.

Resaltó que cuando el *a quo* señaló que «*sólo a partir del englobe de los predios, el predio resultante de dicha operación adquirió la potencialidad de una mayor edificabilidad*», da a entender que el englobe es el que autoriza el mayor potencial, lo que a su juicio, constituye una interpretación errónea de los artículos 74 y 80 de la Ley 388 de 1997, reproducido por el Acuerdo 118

de 2003, ya que la potencialidad, esto es, la posibilidad de construir más metros cuadrados, la dispuso la Unidad de Planeamiento Zonal *“motivo por el cual se compara el Decreto 059 de 2007 (realmente el Decreto 075 de 2003), con el Acuerdo 6 de 1990 y no el englobe con el Acuerdo 6 de 1990.”*

Reiteró que el cálculo de la plusvalía se realizó en forma individual, a diferencia de lo previsto en el artículo 7 del Decreto 084 de 2004 y expresó que la última acción urbanística adelantada por el Distrito Capital, a través de los Decretos 075 de 2003 y 059 de 2007, no incrementó el aprovechamiento del predio, por lo que no hay plusvalía.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El ente **demandado** insistió en los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda.

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación, enfatizando en la aplicación retroactiva del Acuerdo 118 de 30 de diciembre 2003, teniendo en cuenta que el hecho generador de la plusvalía es el Decreto 075 de 2003 y que el referido acuerdo fue adoptado después del hecho generador.

El **Ministerio Público** no rindió concepto en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide sobre la legalidad de las **Resoluciones N° 0725 de 13 de junio de 2011** y **0554 de 27 de abril de 2012**, proferidas por la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá, mediante las cuales se liquidó el efecto plusvalía para el englobe de los predios ubicados en la Calle 99 N° 7A-77, Calle 99 N° 8-13/39/45 y Calle 99 N° 8-27 AP 101/102/201/202 y se determinó la participación en plusvalía de los mismos.

En los términos del recurso de apelación, corresponde establecer si el hecho generador que tuvo en cuenta la Administración para liquidar la participación en la plusvalía a través de los actos demandados vulneró el principio de irretroactividad tributaria.

En orden a determinar lo anterior, se debe analizar si el hecho generador del tributo se configura a partir de la norma urbanística que instrumenta el POT en la ciudad de Bogotá D.C. (Decreto 075 de 2003⁸), como lo afirma la actora, o desde la autorización específica, esto es, la Licencia de Construcción LC 08-4-0175, como lo sostiene la demandada.

Al respecto, se advierte que si bien la recurrente cuestiona el aspecto de la comparación normativa para determinar el efecto plusvalía (entre los Decretos Distritales 075 de 2003 y 059 de 2007), en el mismo recurso concluye que entre los mismos no hubo cambio normativo y por ello concreta su recurso en la vulneración del principio de irretroactividad tributaria.

⁸ Actualizado por el Decreto Distrital 059 de 2007, según el cual *“las Unidades de Planeamiento Zonal (UPZ) No. 88 / 97, EL REFUGIO / CHICO - LAGO, fueron reglamentadas por el Decreto 075 del 20 de marzo de 2003, según disposiciones del Decreto 619 de 2000, Plan de Ordenamiento Territorial, el cual fue modificado por el Decreto 469 de 2003, que adoptó la revisión del Plan de Ordenamiento Territorial (Revisión POT), cuya compilación se recoge en el Decreto 190 de 2004”*. Las partes coinciden en señalar que entre los Decretos 075 de 2003 y 059 de 2007 no hubo cambio normativo.

Sobre este tema, la Sección se ha pronunciado en el sentido de precisar que la participación en plusvalía se origina en el momento en que se profiere *la autorización específica* para el aprovechamiento del beneficio urbanístico⁹.

Hecho generador en la participación en la plusvalía

El artículo 82 de la Constitución Política dispone que *“las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común”*.

El anterior precepto constitucional se desarrolló en la Ley 388 de 1997, que reguló la participación de las entidades estatales en el efecto plusvalía. En el artículo 73, la Ley dispuso lo siguiente:

«De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 de la Constitución Política, las acciones urbanísticas que regulan la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano incrementando su aprovechamiento, generan beneficios que dan derecho a las entidades públicas a participar en las plusvalías resultantes de dichas acciones. Esta participación se destinará a la defensa y fomento del interés común a través de acciones y operaciones encaminadas a distribuir y sufragar equitativamente los costos del desarrollo urbano, así como al mejoramiento del espacio público y, en general, de la calidad urbanística del territorio municipal o distrital.

Los concejos municipales y distritales establecerán mediante acuerdos de carácter general, las normas para la aplicación de la participación en la plusvalía en sus respectivos territorios.»

Por su parte, la doctrina ha definido la participación en la plusvalía como *“un verdadero tributo inmobiliario que grava el incremento de valor de los*

⁹ Se reiteran las sentencias de 26 de febrero de 2015, expediente 19526, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, 12 de diciembre de 2014, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 18944, del 10 de septiembre de 2014, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, expediente No. 19402 y, del 5 de diciembre de 2011, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, expediente No. 16532.

*inmuebles que resulta de las actuaciones urbanísticas que determina la ley*¹⁰ y en esos términos la considera como una clase de contribución, pero diferente a las tradicionales contribuciones de valorización¹¹.

Así, la plusvalía consiste en el incremento del valor de los inmuebles por causa de decisiones o acciones urbanísticas del orden territorial, respecto del cual, por mandato constitucional, tienen derecho a participar las entidades públicas.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 388 de 1997 reguló la participación en la plusvalía y los elementos de esa obligación tributaria, entre ellos, el hecho generador:

Artículo 74º.- Hechos generadores. Constituyen hechos generadores de la participación en la plusvalía de que trata el artículo anterior, las decisiones administrativas que configuran acciones urbanísticas según lo establecido en el artículo 8 de esta Ley, y que autorizan específicamente ya sea a destinar el inmueble a un uso más rentable, o bien incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, de acuerdo con lo que se estatuya formalmente en el respectivo Plan de Ordenamiento o en los instrumentos que lo desarrollen. Son hechos generadores los siguientes:

- 1. La incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana o la consideración de parte del suelo rural como suburbano.*
- 2. El establecimiento o modificación del régimen o la zonificación de usos del suelo.*
- 3. La autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, bien sea elevando el índice de ocupación o el índice de construcción, o ambos a la vez.*

Con base en dicha normativa, para que se produzca el hecho generador se requiere de: i) un acto administrativo que ordene una de las acciones

¹⁰ CAMACHO MONTOYA. Álvaro. "LA PLUSVALÍA: UN NUEVO TRIBUTOS INMOBILIARIO". Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 2003, página 11.

¹¹ Sentencia de 5 de diciembre de 2011, Exp. 16532, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, que cita autos de 18 de marzo de 2010, Exp. 17951 C.P. Dr. William Giraldo Giraldo y del 25 de noviembre de 2010, Rad. 18476, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

urbanísticas¹² contempladas en los numerales 1, 2 y 3 (POT y las normas que lo adoptan), y ii) una autorización específica del aprovechamiento del uso del suelo o del área de edificación dispuesto en el POT y en los instrumentos que lo desarrollan.¹³

Al respecto, la Sala ha precisado que el nacimiento de la obligación tributaria se concreta con la decisión de la Administración de autorizar a determinado predio el aprovechamiento del beneficio urbanístico contemplado en el POT y las normas que lo instrumentan¹⁴.

En efecto, cuando la norma alude a una “*autorización específica*” debe entenderse que el acto debe facultar para algo determinado, particular, concreto, delimitado y definido.

Con base en lo aducido, la Sección ha señalado que esa clase de autorización no es solo la contemplada en el POT y las normas que lo adoptan, pues tales actos administrativos establecen de manera general las zonas o subzonas que se beneficiarán con la acción urbanística, sino un acto subjetivo que plasme la autorización al particular para los efectos urbanísticos indicados.¹⁵

Igualmente ha puntualizado que en la determinación normativa del supuesto de hecho de la participación en la plusvalía se estableció “*la autorización específica*” como una referencia temporal que permite determinar el

¹² Ley 388 de 1997. Artículo 8º.- *Acción urbanística*. La función pública del ordenamiento del territorio local se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. (...)

¹³ En igual sentido se pronunció la Sala en las sentencias del 12 de diciembre de 2014, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente 18944, del 10 de septiembre de 2014, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, expediente 19402 y, del 5 de diciembre de 2011, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, expediente 16532.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ Sentencia de 26 de febrero de 2015, expediente 19526, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

momento en que se perfecciona el hecho que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria.¹⁶

Lo anterior se ratifica en el artículo 83 de la misma ley, en el que se distinguen los eventos en que se debe exigir la participación de la plusvalía:

“1. Solicitud de licencia de urbanización o construcción, aplicable para el cobro de la participación en la plusvalía generada por cualquiera de los hechos generadores de que trata el artículo 74 de esta ley.

2. Cambio efectivo de uso del inmueble, aplicable para el cobro de la participación en la plusvalía generada por la modificación del régimen o zonificación del suelo.

3. Actos que impliquen transferencia del dominio sobre el inmueble, aplicable al cobro de la participación en la plusvalía de que tratan los numerales 1 y 3 del referido artículo 74.

4. Mediante la adquisición de títulos valores representativos de los derechos adicionales de construcción y desarrollo, en los términos que se establece en el artículo 88 y siguientes de la presente ley”.

Por su parte, el citado artículo 73 ib. facultó a los concejos municipales y distritales para que mediante acuerdo establecieran las normas para la aplicación de la participación en la plusvalía en sus respectivos territorios.

En Bogotá D.C., el Plan de Ordenamiento Territorial -POT-¹⁷ se adoptó mediante el Decreto 619 de 2000 (*revisado por el Decreto 469 de 2003 y compilado por el Decreto 190 de 2004*¹⁸) y a través del Decreto 075 del 20 de marzo de 2003¹⁹, se desarrolló parcialmente el POT sobre las unidades de

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Ley 388 de 1997 - **“Artículo 9º.- Plan de Ordenamiento Territorial.** El plan de ordenamiento territorial que los municipios y distritos deberán adoptar en aplicación de la presente Ley, al cual se refiere el artículo 41 de la Ley 152 de 1994, es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal. Se define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. (...)”.

¹⁸ Decreto 190 de 2004 -POT- (que compiló los Decretos 619 de 2000 y 469 de 2003).

¹⁹ Actualizado por el Decreto Distrital 059 de 2007, según el cual “las Unidades de Planeamiento Zonal (UPZ) No. 88 / 97, EL REFUGIO / CHICO - LAGO, fueron reglamentadas por el Decreto 075 del 20 de marzo de 2003, según

planeamiento zonal UPZ²⁰ El Refugio - Chicó Lago, ubicadas en la localidad de Chapinero²¹. En relación con este aspecto, se destaca que las partes coinciden en señalar que entre los Decretos 075 de 2003 y 059 de 2007 no hubo cambio normativo.

Mediante el Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003, el Distrito Capital adoptó el tributo y estableció las normas para su aplicación en esa jurisdicción.

En el artículo 3º estableció que el hecho generador de la participación en la plusvalía está constituido por las *autorizaciones específicas*, ya sea para destinar el inmueble a un uso más rentable, o bien a incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, de acuerdo con lo que se estatuya formalmente en el Plan de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que lo desarrollen, en los siguientes casos:

- i. El establecimiento o modificación del régimen o la zonificación de usos del suelo.
- ii. La autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, bien sea elevando el índice de ocupación o el índice de construcción, o ambos a la vez.

disposiciones del Decreto 619 de 2000, Plan de Ordenamiento Territorial, el cual fue modificado por el Decreto 469 de 2003, que adoptó la revisión del Plan de Ordenamiento Territorial (Revisión POT), cuya compilación se recoge en el Decreto 190 de 2004”.

²⁰ Decreto 190 de 2004 POT- (que compiló los Decretos 619 de 2000 y 469 de 2003) - “**Artículo 43. Instrumentos de Planeamiento.** Los instrumentos de planeamiento urbanístico constituyen procesos técnicos que, mediante actos expedidos por las autoridades competentes, **contienen decisiones administrativas para desarrollar y complementar el Plan de Ordenamiento Territorial.** Deberán incluir, además, los mecanismos efectivos de distribución equitativa de cargas y beneficios, en los términos señalados en el capítulo anterior.

Son instrumentos de planeamiento, los siguientes: Los planes maestros, los planes de ordenamiento zonal, los planes zonales, las unidades de planeamiento zonal - UPZ, (...).”

“**Artículo 49. Unidades de Planeamiento Zonal - UPZ.** La Unidad de Planeamiento Zonal -UPZ-, tiene como propósito definir y precisar el planeamiento del suelo urbano, respondiendo a la dinámica productiva de la ciudad y a su inserción en el contexto regional, involucrando a los actores sociales en la definición de aspectos de ordenamiento y control normativo a escala zonal. (...).”

²¹ Esta UPZ reglamenta el desarrollo urbanístico de la zona donde se encuentran ubicados los predios objeto de la participación de la plusvalía liquidada en los actos demandados.

Se advierte que en el Distrito Capital *-en concordancia con lo dispuesto en la Ley 388 de 1997-* se estableció que el hecho generador del tributo se configura con la autorización específica del aprovechamiento del uso del suelo o del área de edificación a determinado inmueble contemplado en el POT y las normas que lo instrumentan en esa jurisdicción.

Precisado lo anterior, se abordará el estudio de la alegada vulneración al principio de irretroactividad tributaria en el caso concreto.

Principio de irretroactividad tributaria

El artículo 363 de la Constitución Política consagra el principio de la irretroactividad tributaria como una regla que prohíbe que las leyes tributarias se apliquen a hechos generadores acaecidos con anterioridad a su vigencia.

En torno al tema, la Corte Constitucional ha expresado que *“En virtud del principio de certeza, la norma que establece el impuesto debe fijar el sujeto activo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa. Y en razón del principio de irretroactividad, la ley que impone un impuesto **no puede aplicarse a hecho generadores ocurridos antes de su vigencia.**”*²²

Con base en el principio de irretroactividad, para la liquidación del efecto plusvalía en el Distrito Capital, el hecho generador debe presentarse después de la entrada en vigencia del Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003.

En el *sub examine*, los actos demandados determinaron como hecho generador de la plusvalía la expedición de la **Licencia de Construcción No.**

²² Sentencia C-643 de 2002

LC 08-4-0175 del 20 de febrero de 2008, solicitada por la sociedad para mejorar el uso y el área de edificación mediante el englobe de los predios ubicados en la Calle 99 N° 7A-77, Calle 99 N° 8-13/39/45 y Calle 99 N° 8-27 AP 101/102/201/202, en la modalidad de obra nueva y demolición total²³.

En este caso, la licencia de construcción constituye la *autorización específica*, en tanto mediante esta decisión administrativa *-que autorizó el englobe-* se concreta el aumento del potencial de edificación de los predios, como se señaló en los actos acusados, con fundamento en la normatividad aplicable y los respectivos estudios previos, en los cuales se concluyó que *“sí existe efecto plusvalía por mayor edificabilidad”*²⁴, o incremento de aprovechamiento, aspectos que no fueron desvirtuados por la actora, quien se concentró en alegar la vulneración del principio de irretroactividad, partiendo de que el hecho generador era el Decreto Distrital 075 de 2003.

Lo aducido se ratifica en el Decreto 084 de 2004, que reglamentó el Acuerdo 118 de 2003, en tanto establece en el artículo 7²⁵, que en el evento de que por efecto del englobe de lotes de terreno se produzca un incremento en la edificabilidad, el predio resultante de tal englobe será objeto de la participación en plusvalía, la cual será liquidada en el momento de la solicitud de la licencia.

En ese orden de ideas y contrario a lo entendido por la recurrente frente al citado artículo 7, se reitera²⁶ que el hecho generador que dio lugar a la expedición de los actos demandados, se hizo exigible con la licencia de

²³ Folios 45 y 45 vto. c.p.

²⁴ Folios 150 c.p. y 58 c.a.

²⁵ D. 084 de 2004. ARTÍCULO 7.- En el evento en que por efecto del englobe de lotes de terreno se produzca un incremento en la edificabilidad el predio resultante del englobe será objeto de la participación en plusvalía, la cual será liquidada en el momento de la solicitud de licencia, con base en el efecto de plusvalía por metro cuadrado calculado para la respectiva zona geoeconómica homogénea.

²⁶ Sentencia de 26 de febrero de 2015, Exp. 19526, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez

construcción del 20 de febrero de 2008, que autorizó de manera específica el mayor aprovechamiento del predio, como consecuencia del englobe, teniendo en cuenta que el efecto plusvalía está determinado por la potencialidad de edificabilidad del “nuevo predio englobado” y no por cada uno de los predios individuales, lo que además coincide con lo expresado por la Dirección de Economía Urbana²⁷ y no como lo indica la apelante²⁸ en una transcripción parcial de tal respuesta para anotar lo contrario.

Ahora bien, la Sala ha señalado que el hecho de que la norma que instrumente el POT (Decreto 75 del 20 de marzo de 2003) sea anterior a la adopción del tributo de la plusvalía en el Distrito Capital (Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003), no significa que el gravamen se aplique retroactivamente, toda vez que la referencia al POT y a los instrumentos que lo desarrollan es necesaria e intrínseca a este gravamen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, y no constituye la autorización específica de la Administración necesaria para que se configure el hecho generador²⁹.

De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón a la recurrente, en la medida en que de conformidad con la normatividad aplicable y la jurisprudencia de la Sala sobre la materia³⁰, en el caso, la autorización específica se concretó con la licencia de construcción *-que autorizó el englobe de los predios-*, lo que

²⁷ La Resolución 0725 de 2011 liquidó el efecto plusvalía para los predios de la Calle 99 N° 7 A-77, Calle 99 N° 8-13/39/45 y Calle 99 N° 8-27, “en razón de un englobe de predios” y concluyó “Por lo anterior, no es posible certificar lo solicitado, dado que en ningún momento la solicitud y posterior liquidación del efecto plusvalía, se realizó sobre los predios que nos ocupan de manera individual” (Respuesta dirigida al Tribunal administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, radicación 2-2013-37455, de 5 de junio de 2013, fl. 136 c.p.).

²⁸ Folio 269 c.p.

²⁹ Sentencia del 12 de diciembre de 2014, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 18944, reiterada en la sentencia 26 de febrero de 2015, expediente 19526, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³⁰ Sentencia de 26 de febrero de 2015, expediente 19526, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, en la cual se concluyó ajustados a la legalidad los actos por los cuales se liquidó el efecto plusvalía para el englobe de predios ubicados en la misma UPZ Refugio - Chicó Lago, concretamente en la Calle 98 No. 9 A-46, Calle 99 No. 9A-31 y Calle 99 No. 9A-45.

aparejó un aumento del potencial de edificación de los mismos, como se concluyó en los actos demandados.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el hecho generador del tributo ocurrió con la expedición de la Licencia de Construcción LC 08-4-0175 de 20 de febrero de 2008, después de haberse proferido el Acuerdo 118 del 2003, se advierte que los actos demandados no vulneraron el principio de irretroactividad tributaria y, por ende, se encuentran ajustados a derecho.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia apelada, por las razones expuestas en esta providencia.

Finalmente, se observa que, a la luz de los artículos 188 del CPACA y 365 (num. 8) del CGP, no procede la condena en costas en esta instancia a la parte vencida, por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 17 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A".

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.
Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ