



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D.C, ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicado número: 250002337000-2012-00370-01 [21001]

**Actor: FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. COMO VOCERA DEL
PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ALMENARA
- FIDUBOGOTÁ S.A. E INMOBILIARIA CONCRETO
S.A.S.**

**Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, SECRETARÍA
DISTRITAL DE PLANEACIÓN - SDP Y UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO**

DISTRITAL - UAECD

REFERENCIA: EFECTO PLUSVALÍA. EL ÍNDICE DE EDIFICABILIDAD A TENER EN CUENTA CON EL FIN DE DETERMINAR EL EFECTO PLUSVALÍA POR MAYOR APROVECHAMIENTO DEL SUELO ES EL MÁXIMO PERMITIDO EN LA ACTUACIÓN QUE DE MANERA ESPECÍFICA PERMITE UNA MAYOR ÁREA EDIFICADA. LA CESIÓN DE SUELO PARA ACCEDER AL ÍNDICE DE EDIFICABILIDAD SUPERIOR AL BÁSICO NO CONSTITUYE UN TRIBUTO. NO SE CONFIGURA LA DOBLE TRIBUTACIÓN POR CONCURRENCIA DEL EFECTO PLUSVALÍA Y LA CESIÓN URBANÍSTICA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A", que en su parte resolutive dispuso lo siguiente:

PRIMERO. *Se NIEGAN las pretensiones de la demanda.*

SEGUNDO. *No se condena en costas ni en agencias en derecho, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO. *En firme esta providencia, hechas las anotaciones correspondientes, archívese el expediente. [...].*

1. ANTECEDENTES

1.1 Los hechos

De lo manifestado por las partes y lo probado en el expediente, se destacan los siguientes hechos:

Mediante la Resolución Nro. 0707 de 12 de junio de 2012¹, la Secretaría Distrital de Planeación [SDP] determinó en \$94.275,84 el efecto plusvalía por m² y en \$47.137,92 el monto de la participación en plusvalía por metro cuadrado para los predios sujetos a tratamiento de desarrollo identificados con los folios de matrícula inmobiliaria Nros. 50N-20421778, 50N-20421779, 50N-20421780, 50N-20584257, 50N-20375172, 50N-20421781, 50N-20421783, 50N-20421784 y 50N-20421785, de conformidad con el cálculo realizado por la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital [en adelante UAECD], lo que condujo a que la Inmobiliaria Concreto S.A.S. pagara por dicho concepto la suma total de \$1.498.030.000².

Para la Administración, se configuró el hecho generador del efecto plusvalía por incremento en el aprovechamiento del suelo en área edificada.

Para efectos del cálculo, la Administración tomó como referente el índice máximo de edificabilidad, cuando, en criterio de la parte actora, se debió tener en cuenta el índice básico de construcción.

1.2 Las pretensiones

En ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [en adelante CPACA], la parte demandante solicitó:

¹ Contra esta resolución solo procedía el recurso de reposición.

² Mediante recibos de pago expedidos por la Secretaría de Hacienda Distrital. Fls. 242 a 250 del c.p. Nro. 1.

PRIMERA PRETENSIÓN: Que se declare la nulidad total del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0707 del 12 de junio de 2012 proferida por la **SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN**, “por medio de la cual se liquida el efecto plusvalía para los predios sujetos a tratamiento de (sic) desarrollo ubicados [...] y con folios de matrícula inmobiliaria No. 50N-20421778, 50N-20421779, 50N-20421780, 50N-20584257, 50N-20375172, 50N-20421781, 50N-20421783, 50N-20421784 y 50N-20421785 y se determina el monto de participación en plusvalía”.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad deprecada, se restablezca el derecho de mis mandantes declarando que no están obligados a pagar suma alguna por el impuesto al efecto plusvalía determinado en los actos demandados.

TERCERA PRETENSIÓN: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada, se restablezca el derecho de mis mandantes y se ordene a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN** pagar a mis mandantes la suma (sic) **MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES TREINTA MIL PESOS (\$ 1.498.030.000)** o lo que resulte probado en el expediente, valores pagados por concepto de participación por plusvalía para los predios sujetos a tratamiento de desarrollo ubicados en [...] y con los folios de matrícula inmobiliaria No. 50N-20421778, 50N-20421779, 50N-20421780, 50N-20584257, 50N-20375172, 50N-20421781, 50N-20421783, 50N-20421784 y 50N-20421785.

CUARTA PRETENSIÓN: Que se ordene la cancelación de la anotación del tributo por plusvalía liquidado mediante la Resolución No. 0707 del 28 de julio de 2011, en los folios de matrícula inmobiliaria No. 50N-20421778, 50N-20421779, 50N-20421780, 50N-20584257, 50N-20375172, 50N-20421781, 50N-20421783, 50N-20421784 y 50N-20421785 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá y de aquellos que resulten de la segregación o englobe de éstos.

QUINTA PRETENSIÓN: Que se condene a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN** a pagar a mis mandantes las sumas líquidas reconocidas a título de restablecimiento del derecho, indexadas y actualizadas en los términos del inciso 4º del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTA PRETENSIÓN: Que se condene a la **SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN** a pagar a mis mandantes intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso sobre cualquier suma que sea reconocida a título de restablecimiento del derecho, en los términos del inciso 3º del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo.

SÉPTIMA PRETENSIÓN: *Que se condene a la SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN a las costas y agencias en derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

1.3 Las normas violadas y el concepto de la violación

Para la parte demandante, el acto administrativo demandado está viciado de nulidad, porque en su expedición se desconoció el contenido de los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, 8, 38, 39, 74, 77 y 78 de la Ley 388 de 1997 y 43 del Decreto Distrital 327 de 2004.

El concepto de la violación lo desarrolló de la siguiente manera³:

1.3.1 Desconocimiento de las normas en que debía fundarse: El avalúo utilizado para calcular el efecto plusvalía tuvo en cuenta como referente el índice máximo de edificabilidad previsto en el Decreto Distrital 327 de 2004, lo que desconoce el principio de reparto equitativo de cargas y beneficios consagrado en la Ley 388 de 1997

El Decreto Distrital 327 de 2004 que, a juicio de la Administración, constituye la acción urbanística en virtud de la cual surgió el hecho generador de la plusvalía por mayor aprovechamiento del suelo en edificación, realmente presentó una disminución en el potencial de desarrollo constructivo de los predios, en comparación con la edificabilidad que se podía obtener de la aplicación del Decreto Distrital 616 de 2000.

³ Cfr. el texto integrado de la demanda y su reforma, visible en los folios 277 a 312 del c.p. Nro. 2.

En consecuencia, no se produjo un mayor valor del suelo, lo que se corrobora con el estudio realizado por la SDP y con el dictamen pericial aportado al expediente.

En los estudios que sustentaron la actuación demandada, la Administración tomó como referente el índice máximo de construcción para calcular el potencial de edificabilidad, cuando lo correcto, en atención al principio de reparto equitativo de cargas y beneficios, previsto en los artículos 38 de la Ley 388 de 1997 y 43 del Decreto Distrital 327 de 2004, era tomar el índice básico, porque para acceder al máximo se deben asumir cargas del sistema público general [art. 44 D D 327/04], que dependen de la voluntad del solicitante de la correspondiente licencia.

La utilización del índice máximo de construcción incidió en la determinación del efecto plusvalía y constituyó la imposición de una carga general sin que mediara la voluntad del contribuyente o el disfrute de la edificabilidad adicional.

1.3.2 Desconocimiento de los artículos 338 y 363 de la CP

En el caso concreto, al calcular la participación en la plusvalía con fundamento en el índice máximo de construcción previsto en el Decreto Distrital 327 de 2004, se desconoció la prohibición de doble tributación, porque en los términos del inciso final del artículo 39 de la Ley 388 de 1997, los costos de las cargas generales deben ser recuperados mediante tarifas, contribución de valorización, participación en plusvalía, impuesto predial o cualquier otro sistema que garantice el reparto equitativo de las cargas y

beneficios de las actuaciones, es decir, las cargas generales deben ser pagadas solo una vez.

Además, en el caso que efectivamente el propietario de un predio decida voluntariamente alcanzar el máximo índice de construcción, habiendo pagado la plusvalía, deberá asumir de manera adicional cargas generales que ya habrían sido pagadas con el citado tributo, es decir, se le estaría imponiendo la obligación de asumir dos veces una misma carga, lo que configura doble tributación.

1.3.3 Conforme con los actos administrativos demandados, la voluntad de un particular no es una acción urbanística susceptible de causar hecho generador. Violación de los artículos 8 y 74 de la Ley 388 de 1997

La obtención de un índice de construcción adicional al básico depende de la aceptación de cargas generales, por voluntad del particular, es decir, no se trata de una acción urbanística en los términos del artículo 8 de la Ley 388 de 1997.

1.3.4 Cálculo del tributo sobre el área bruta del predio. Violación del artículo 78 de la ley 388 de 1997

En el caso concreto, *“el pago del tributo fue calculado por la Secretaría Distrital de Hacienda con fundamento en el área bruta del predio, lo que desconoce el artículo 78 de la Ley 388 de 1997”*⁴.

1.4 La contestación de la demanda

⁴ Cfr. el hecho Nro. 12 de la adicción de la demanda. Fl. 284 de c.p. Nro. 2.

1.4.1 La **Secretaría Distrital de Planeación** propuso la excepción de **ineptitud sustantiva de la demanda** porque la parte actora omitió desarrollar el concepto de la violación de las normas presuntamente vulneradas con la actuación demandada [numeral 4 del art. 162 del CPACA] y porque los planteamientos expuestos en el escrito introductorio se fundamentan en interpretaciones personales.

También formuló la excepción de **unidad normativa** porque, aunque se acusó la ilegalidad del acto administrativo que determinó el monto de la participación en plusvalía, en realidad, se cuestionó la aplicación del índice de construcción, el perfeccionamiento de los hechos generadores y la exigibilidad de la participación, que están reguladas en actos de carácter general⁵.

En gracia de discusión y en lo que tiene que ver con el fondo del asunto, manifestó que a partir de la comparación de las normas aplicables al caso concreto, se evidenció que para el desarrollo de la subetapa 1 b de la etapa I de la urbanización El Porvenir de Suba, se configuró el beneficio por incremento en la edificabilidad.

Para el cálculo y liquidación del efecto plusvalía se debe tomar el máximo potencial edificable que permite la nueva norma, porque así lo dispone la Ley 388 de 1997.

Es indiscutible que con el mayor potencial edificatorio el valor del predio aumenta, independientemente del aprovechamiento que se haga del mismo; por esta razón, la plusvalía ocurre con independencia de las cargas urbanísticas.

⁵ En la Audiencia Inicial celebrada el 21 de octubre de 2013, el Tribunal declaró no probadas estas excepciones porque en la demanda se relacionaron las normas constitucionales y legales presuntamente vulneradas y se expresaron los motivos de inconformidad y (ii) porque la parte actora no está haciendo reparo respecto de las normas de carácter general, sino que se cuestionó la forma como la Administración las aplicó. Fls. 521 a 522 del c.p. Nro. 3.

En el caso concreto, para efectos de calcular el efecto plusvalía, es indiferente si se toma el área bruta o el área útil, porque se realiza teniendo en cuenta el total de la superficie del predio como lo dispone el artículo 76 de la Ley 388 de 1997.

1.4.2 La **Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital** propuso la excepción de **falta de legitimación material en la causa por pasiva** porque el acto administrativo demandado fue expedido por la Secretaría Distrital de Planeación, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 18 del Decreto Distrital 020 de 2011, que fijó la transición en la implementación de las competencias para determinar el efecto plusvalía⁶.

Respecto del fondo del asunto, precisó que conforme con el estudio comparativo de las normas realizado por la SDP, se estableció que se configuró el beneficio por incremento en la edificabilidad, porque el área construida con las normas del POT resulta mayor en comparación con el área calculada con las normas anteriores.

Para el cálculo del efecto plusvalía se tuvo en cuenta el índice máximo de construcción, en aplicación del numeral 2 del artículo 77 de la Ley 388 de 1997 y del literal a) del artículo 55 del Decreto Distrital 20 de 2011.

El dictamen pericial aportado con la demanda no se puede comparar con el estudio del cálculo del efecto plusvalía realizado por esa entidad –memorando 1-2011-30908 de 21 de julio de 2011-, porque parten del estudio comparativo de normas diferentes.

⁶ En la Audiencia Inicial celebrada el 21 de octubre de 2013, el Tribunal declaró no probada esta excepción porque la UADC participó en el acto previo a la expedición de la resolución demandada. Fls. 518 a 521 del c.p. Nro. 3.

No se incurrió en doble tributación, porque las cargas urbanísticas son diferentes de la participación en la plusvalía, que surgió del mayor potencial de edificación autorizado por el Decreto 327 de 2004.

1.5 La sentencia apelada

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda porque, en el caso concreto, se configuró el hecho generador de la plusvalía, habida consideración de que la nueva norma [decretos 190 y 327 ambos de 2004] permite una mayor edificabilidad en el mismo terreno, respecto de la anterior [acuerdos 6 de 1990 y 26 de 1996].

Es evidente que la posibilidad de desarrollo urbanístico sobre el terreno valoriza el predio, en la medida en que quienes se ocupen de desarrollar el proyecto urbanístico obtendrán un mayor beneficio en su comercialización. En este orden de ideas y de acuerdo con la filosofía del tributo, debe ser objeto de beneficio común mediante la participación en la plusvalía.

En este caso, la mayor edificabilidad resulta de la aplicación del índice máximo establecido en el POT, porque así lo prevé el artículo 5 del Decreto 20 de 2011, que goza de presunción de legalidad y que es de obligatorio cumplimiento mientras no sea suspendido o anulado por esta jurisdicción.

Las cesiones asumidas por el propietario del inmueble para acogerse al índice básico o máximo de edificabilidad no alteran el efecto plusvalía, porque este ocurre con independencia de las cargas urbanísticas a que haya lugar; por lo tanto, no se configuró la doble tributación.

No puede confundirse la participación en el efecto plusvalía con el régimen de cargas y beneficios, porque el primero es un impuesto y el segundo es un instrumento de planificación [art. 36 D. D. 190/04].

Finalmente, el Tribunal se abstuvo de condenar en costas en virtud de la salvedad prevista en el artículo 188 del CPACA, por tratarse de un proceso en el que se ventila un interés público.

1.6 El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, porque no resulta ajustado a derecho afirmar que la posibilidad de desarrollar un índice máximo de construcción aumenta el valor del suelo y, por lo tanto, constituye el hecho generador de la plusvalía.

El Tribunal no tuvo en cuenta las falencias técnicas del avalúo, específicamente en lo concerniente al desconocimiento de los “costos” de las cargas generales, presupuesto que es indispensable para llegar al índice máximo de construcción.

La aplicación del artículo 5 del Decreto 020 de 2011 debe hacerse teniendo en cuenta el principio de reparto equitativo de cargas y beneficios para garantizar de esta manera el derecho a la igualdad. Además, se debe observar lo previsto en el Decreto Nacional 2181 de 2006, que reglamenta lo relativo a los planes parciales.

La obtención de un índice de construcción adicional al básico no puede ser objeto de la participación en plusvalía, porque no tiene que ver con una decisión administrativa contenida en una acción urbanística, se trata de una opción que la norma prevé y cuya aplicación depende de la voluntad del urbanizador, concretada en la actuación urbanística, hecho futuro e incierto que no constituye hecho generador del tributo.

Al momento de hacer la comparación entre las normas antes y después de la acción urbanística, no se tuvo en cuenta el aprovechamiento potencial máximo permitido por el Decreto Distrital 616 de 2000.

De igual manera, el acto administrativo demandado desconoció lo señalado en el artículo 338 de la CP y la prohibición de doble tributación prevista en el artículo 363 *ibídem*, porque si se recuperó el costo de la carga general mediante alguno de los mecanismos previstos en la ley –tarifas, contribución de valorización, participación en plusvalía, o cualquier otro sistema que garantice el reparto equitativo de las cargas y beneficios de las actuaciones [art. 28 Decreto Nal. 2181 de 2006], no puede imponerse una carga adicional sin incurrir en gravar un hecho económico dos veces.

En este orden de ideas, si el efecto plusvalía se calcula con fundamento en el índice máximo de construcción, la carga general se estará pagando dos o más veces por parte del propietario que decide llegar al índice máximo de construcción.

1.7 Los alegatos de conclusión

La **parte demandante** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La **Secretaría Distrital de Planeación** solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, porque los argumentos expuestos con ocasión del recurso de apelación no están dirigidos a controvertir la decisión del Tribunal⁷.

En cuanto al fondo del asunto, precisó que el argumento, según el cual, los actos administrativos demandados son ilegales por cuanto, con el Decreto 327 de 2004 no ocurrió un aumento de edificabilidad generador de la participación en plusvalía, resulta ajeno a la fijación del litigio, que se concretó en establecer si para calcular el efecto plusvalía por mayor aprovechamiento se debe utilizar el índice de construcción máximo o básico y, si el cálculo del tributo con fundamento en el índice máximo de construcción previsto en el Decreto 327 de 2004 desconoce la prohibición de doble tributación.

Adicionalmente, reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda para defender la legalidad de la actuación demandada.

La **Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital** insistió en lo expuesto en la contestación de la demanda.

Por otra parte, solicitó que se le desvincule del presente proceso, en aplicación de la jurisprudencia reiterada de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según la cual, se ha establecido que no procede la vinculación de la UAECD en casos como el presente, porque aunque participó en los actos preparatorios de la resolución demandada, la decisión final se puede tomar sin su comparecencia, en la medida en que no afecta a dicha entidad.

⁷ Al respecto, transcribió apartes de la providencia de la Sección Primera de esta Corporación, proferida el 3 de julio de 2014, radicado Nro. 250002324000-2004-00228-01.

1.8 Concepto del Ministerio Público

El Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación solicitó que se confirme la sentencia apelada.

En este caso, el Decreto 327 de 2004 aumentó el aprovechamiento del suelo permitiendo mayor área edificada y autorizó un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, incrementando el índice de construcción; por lo tanto, se trata de una decisión administrativa que configura acciones urbanísticas y que constituye un hecho generador de la plusvalía en los términos del artículo 74 de la Ley 388 de 1997.

El índice máximo de construcción para efectos de liquidar el efecto plusvalía tiene sustento en el artículo 5 del Decreto 020 de 2011.

La parte actora confunde el hecho generador de la participación en plusvalía con el reparto de cargas y beneficios a que hace alusión el Decreto 327 de 2004, que de ninguna manera incide en el hecho generador del tributo, por lo que no se configura la doble tributación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestiones previas

1.1 La imprecisión u omisión en la que se incurrió al fijarse el litigio, no conduce a que el juez se abstenga de cumplir con su deber de director del proceso

1.1.1 Para la Secretaría Distrital de Planeación, el argumento, según el cual, no se configuró el hecho generador de la plusvalía, resulta ajeno a la fijación del litigio hecho por el Tribunal⁸, lo que impide su análisis.

1.1.2 Para la Sala, la concreción de los puntos litigiosos que se hace en la audiencia inicial, no impide que el juez, en cumplimiento de sus deberes como director del proceso, al proferir la sentencia, se pronuncie sobre todos aquellos aspectos que resulten relevantes, siempre que se hayan formulado en las pretensiones.

1.1.3 En el caso concreto, se advierte que, si bien es cierto, en la fijación del litigio realizada en el curso de la audiencia inicial celebrada en primera instancia, de manera expresa no se determinó como objeto de la controversia la configuración del hecho generador del efecto plusvalía -autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación-, no es menos cierto que se trata de un aspecto que fue

⁸ En la audiencia inicial celebrada el 21 de octubre de 2013, se fijó el litigio en los siguientes términos:
"- Si el avalúo utilizado para calcular el efecto plusvalía no tuvo como referente el índice máximo de edificabilidad previsto en el decreto (sic) Distrital 327 de 2004 de acuerdo con lo consagrado en la Ley 388 de de Ley 388 (sic) de 1997.

- Si en el acto administrativo se impuso la obligación al contribuyente de asumir dos veces una misma carga tributaria, al alcanzar el máximo de construcción señalado en el decreto (sic) Distrital 327 de 2004.

- Si de acuerdo con lo (sic) artículos 76 y 78 de la Ley 388 de 1997 se calculó el efecto plusvalía con fundamento en el área bruta del predio, y si se tuvo en cuenta el máximo potencial edificable". Fl. 523 del c.p. Nro. 3.

planteado en la demanda, respecto del cual, las entidades demandadas se pronunciaron en la contestación a la misma y en sus posteriores intervenciones, que fue resuelto por el Tribunal en la sentencia, porque era su deber pronunciarse, habida consideración de que respecto de este aspecto existe discrepancia entre las partes y guarda relación con el objeto de controversia en el caso *sub examine*, que no es otro que la determinación y liquidación del efecto plusvalía respecto de los bienes inmuebles señalados en el acto administrativo demandado.

Obsérvese que uno de los aspectos objeto de discusión entre las partes radica en determinar si para efectos del cálculo de la plusvalía se debe tomar el índice básico o el máximo de edificabilidad, lo que, en criterio de la parte actora, incide para determinar si con el Decreto 327 de 2004 la Administración autorizó un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, incrementando el índice de construcción respecto del previsto en el Decreto Distrital 616 de 2002, es decir, si se configuró el hecho generador de la plusvalía.

1.1.4 Así las cosas, aunque en el caso concreto y de manera expresa no se haya fijado el litigio en relación con la configuración o no del hecho generador de la plusvalía, la Sala debe pronunciarse al respecto, porque se trata de un aspecto que hace parte de la controversia planteada ante esta jurisdicción.

1.2 La falta de legitimación en la causa por pasiva de la UAECD

1.2.1 En la audiencia inicial celebrada el 21 de octubre de 2013, el Tribunal declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la UAECD con la contestación de la demanda.

1.2.2 Para la Magistrada Sustanciadora del proceso, esa entidad estaba "*legitimada en la causa para responder por las pretensiones del demandante*", porque emitió el informe técnico del cálculo del efecto plusvalía que sirvió de fundamento para que se expidiera la actuación demandada.

1.2.3 Contra la anterior decisión, se interpuso recurso de reposición, que no prosperó⁹, por lo que en esta instancia se volvió a insistir en la excepción propuesta, siendo del caso analizarla, antes de abordar el estudio del fondo del asunto, habida consideración de que se trata de dilucidar si la UAECD está habilitada para controvertir las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Es decir, si se encuentra en relación directa con la pretensión como parte demandada.

1.2.4 Advierte la Sala que los actos administrativos demandados en este proceso corresponden a aquellos por los que la Secretaría Distrital de Planeación liquidó el efecto plusvalía para unos predios sujetos a tratamiento de desarrollo y determinó el monto de participación en plusvalía, en virtud de lo previsto en el artículo 18 del Decreto Distrital 020 de 2011, que señaló que esa entidad continuaba con el trámite de los expedientes que se encontraran en proceso de determinación del efecto plusvalía al momento de la expedición de dicho decreto¹⁰.

1.2.5 Conforme con lo anterior, en el caso *sub examine*, las partes inmersas en la relación jurídico sustancial están claramente identificadas, de una parte, se encuentra la entidad que expidió los actos administrativos cuya nulidad se pretende en este proceso y, de otra, está el propietario o poseedor de los predios respecto de los cuales se determinó el efecto plusvalía y el monto de participación en plusvalía en los actos enjuiciados.

1.2.6 Ahora bien, aunque es cierto que en junio de 2011 la UAECD realizó el informe técnico del cálculo del efecto plusvalía, también lo es que la SDP

⁹ Fls. 518 a 521 del c.p. Nro. 3.

¹⁰ Con la expedición del Decreto Distrital 020 de 19 de enero de 2011, la competencia para establecer el efecto plusvalía y para determinar el causado en relación con cada uno de los predios objeto del mismo es la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital –UAECD [arts. 6 y 7].

participó en la sesión interinstitucional celebrada el 13 de julio de 2011, en la que se revisó y aprobó dicho cálculo¹¹, entidad que, finalmente, en mayo de 2012, expidió el “**INFORME TÉCNICO DE LA MEMORIA DEL CÁLCULO Y LA LIQUIDACIÓN DEL EFECTO PLUSVALÍA**”¹² para los predios sujetos a tratamiento de desarrollo que interesan en este proceso y el “**INFORME RESUMEN DEL CÁLCULO DEL EFECTO PLUSVALÍA**”¹³, que conforme con lo previsto en el artículo 4 de la Resolución Nro. 0707 de 2012 –demandada-, hacen “*parte integral*” de la decisión¹⁴.

1.2.7 En estos términos, para adelantar el debate procesal y proferir decisión de mérito en relación con las pretensiones de la demanda, no era necesaria o indispensable la presencia de la UAECD en el proceso, porque no se trata de un litisconsorcio necesario, que surge “[c]uando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas” [art. 61 CGP].

1.2.8 En este orden de ideas, como la UAECD no estaba legitimada para oponerse a las pretensiones del demandante, porque no fue la entidad que expidió los actos administrativos demandados, lo procedente es declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de dicha

¹¹ Así quedó expuesto en el numeral 3.4 del Informe Técnico de la Memoria del Cálculo y Liquidación del Efecto Plusvalía realizado por la SDP. Fl. 162 del c.a.

¹² Fls. 159 a 162 del c.a.

¹³ Fl. 163 del c.a.

¹⁴ En los considerandos de esa resolución se expuso que “*el procedimiento adelantado para el cálculo del efecto plusvalía para los predios sujetos a tratamiento de desarrollo [...], se encuentra reseñado en el informe técnico de la memoria de cálculo y liquidación del efecto plusvalía, y el informe resumen del cálculo del efecto plusvalía suscritos por la Secretaría de Planeación Socioeconómica de la Secretaría Distrital de Planeación, para cuyo efecto se aplicó la metodología legalmente establecida en las normas relacionadas con este proceso [...]*”. Fl. 38 del c.p. Nro. 1.

entidad y, en consecuencia, desvincularla del presente proceso.

1.3 Argumentos de defensa nuevos, planteados en el recurso de apelación

1.3.1 Con el recurso de apelación, la parte actora manifestó que el Tribunal no tuvo en cuenta los argumentos expuestos sobre las falencias técnicas del avalúo, especialmente, en lo relacionado con los “*costos de las cargas generales*”, que deben ser analizados en los términos del artículo 4 de la Resolución Nro. 620 de 2008, expedida por el IGAC.

1.3.2 Para la Sala, se trata de un argumento nuevo de defensa respecto del que las entidades demandadas no tuvieron la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y de contradicción y, por obvias razones, no fue analizado por el Tribunal, por lo que resulta ajeno al estudio que se debe realizar en esta instancia, en los términos previstos en el artículo 320 del CGP.

1.3.3 Finalmente, se advierte que contrario a lo expuesto por la SDP, la parte demandante sí expuso los posibles errores argumentativos e interpretativos en que pudo incurrir el Tribunal al proferir el fallo impugnado; por lo tanto, se procede el estudio del fondo del asunto.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si en el caso *sub examine* se configuró el hecho generador de la participación en plusvalía por mayor aprovechamiento del suelo en edificación, debido al incremento del índice de construcción y, en caso afirmativo, si el cálculo se hizo conforme con las normas aplicables al caso concreto.

Para el efecto, se debe determinar: (i) si para el cálculo del incremento del índice de construcción es necesario partir del índice básico o del índice máximo previsto en la decisión administrativa constitutiva de la acción urbanística y (ii) si al calcularse el efecto plusvalía con fundamento en el índice máximo de construcción autorizado en la decisión administrativa constitutiva de la acción urbanística se desconoce el principio de reparto equitativo de las cargas y si se incurre en doble tributación.

3. La plusvalía y las cesiones urbanísticas. Las cesiones urbanísticas no son consideradas tributos, a diferencia de la participación en plusvalía

3.1 La plusvalía y la participación en la plusvalía

3.1.1 La plusvalía es el incremento del valor de los inmuebles por causa de decisiones o acciones urbanísticas del orden territorial, del cual, por mandato del artículo 82 constitucional, tienen derecho a participar las entidades públicas¹⁵.

Esta norma busca que el beneficio obtenido por la acción urbanística no sea solo de los propietarios o poseedores de los bienes inmuebles, sino que del mismo participe la ciudadanía, en la medida en que los ingresos conseguidos por la participación en la plusvalía se destinan al mejoramiento urbano del municipio o distrito¹⁶.

3.1.2 Para que se constituya el hecho generador de la plusvalía se requiere de

¹⁵ “**Artículo 82.** Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. 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” [Subraya la Sala].

¹⁶ En estos términos se refirió la Sala en la sentencia del 26 de febrero de 2015, radicado Nro. 19526, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

decisiones administrativas que (i) ordenen acciones urbanísticas¹⁷ y (ii) autoricen de manera específica destinar un inmueble a un uso más rentable o a incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, acción que debe estar conforme con el Plan de Ordenamiento Territorial -POT¹⁸- o con los instrumentos que lo desarrollen, es decir, con el plan parcial¹⁹ o local y los decretos que desarrollen las autorizaciones previstas en estos últimos [art. 74 Ley 388/97²⁰]²¹.

3.1.3 En efecto, cuando la norma hace referencia a una “*autorización específica*” debe entenderse que el acto debe facultar para algo determinado, particular, concreto, delimitado y definido; por esta razón, las decisiones generales plasmadas en el POT o en los instrumentos que lo desarrollen, no constituyen todavía una autorización “*específica*” que configure el nacimiento de la obligación tributaria²².

3.1.4 Ahora bien, constituyen **hechos generadores de la participación en plusvalía** (i) la incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana o la consideración de parte del suelo rural como suburbano, (ii) el establecimiento o

¹⁷ Ley 388/97. “**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. [...]”.

¹⁸ Ley 388/97. “**Artículo 9. 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. [...]”

¹⁹ Ley 388/97. “**Artículo 19. Planes parciales.** Los planes parciales son los instrumentos mediante los cuales se desarrollan y complementan las disposiciones de los planes de ordenamiento, para áreas determinadas del suelo urbano y para las áreas incluidas en el suelo de expansión urbana, además de las que deban desarrollarse mediante unidades de actuación urbanística, macroproyectos u otras operaciones urbanas especiales, de acuerdo con las autorizaciones emanadas de las normas urbanísticas generales, en los términos previstos en la presente Ley”.

²⁰ Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

²¹ En igual sentido se pronunció la Sala en las sentencia del 12 de diciembre de 2014, radicado Nro. No. 18944, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, del 10 de septiembre de 2014, radicado Nro. 19402, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, del 5 de diciembre de 2011, radicado Nro. 19402 C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, del 26 de febrero de 2015, radicado Nro. 19526, C.P. Jorga Octavio Ramírez Ramírez y del 19 de noviembre de 2015, radicado Nro. 21064, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

²² Así lo sostuvo la Sala en la sentencia del 5 de diciembre de 2011, radicado Nro. 16532, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, reiterada en las sentencias del 19 de noviembre de 2015, radicado Nro. 21064 y del 4 de febrero de 2016, radicado Nro. 21149, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

modificación del régimen o la zonificación de usos del suelo y (iii) 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 [art. 74 Ley 388/97].

3.1.5 En consecuencia, la plusvalía “*es un tributo que grava el mayor valor que adquieren los predios como consecuencia de la acción urbanística desarrollada por las entidades públicas en la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano*”²³.

3.1.6 Tratándose de las **áreas sometidas al tratamiento de desarrollo**, estas son objeto de participación en plusvalía, conforme con el artículo 46 del Decreto Distrital 327 de 2004²⁴.

3.2 Las cesiones urbanísticas

3.2.1 En el desarrollo del proceso de urbanización se requiere de la cesión de terreno por parte del propietario o poseedor del predio que se pretende urbanizar, con la finalidad de compensar el impacto urbanístico y ambiental producido por el crecimiento urbano. Unas cesiones los beneficiarán de manera directa [cargas locales], en tanto que otras favorecerán a toda la ciudad o municipio [cargas generales].

3.2.2 Esta Corporación ha dicho que las “*cesiones urbanísticas han de ser entendidas como las porciones de suelo que tienen la obligación de ceder los promotores de las actuaciones urbanísticas*”²⁵, como uno de los mecanismos que

²³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del de febrero de 2016, radicado Nro. 25000-23-27-000-2012-00574-01 [21149], M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

²⁴ Por el cual se reglamenta el Tratamiento de Desarrollo Urbanístico en el Distrito Capital. “*Artículo 46. PARTICIPACION EN PLUSVALÍAS. Las áreas sometidas al tratamiento de desarrollo son objeto de la participación en las plusvalías derivadas de la acción urbanística, en concordancia con el Acuerdo 118 de 2003 y las normas que lo reglamenten*”.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 31 de julio de 2014, radicado Nro. 25000-23-24-000-2007-00235-02, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

garantizan el reparto equitativo de las cargas y beneficios, *“cuyo propósito es el de permitir la compensación a la colectividad por el desarrollo de diferentes proyectos urbanísticos de carácter particular, con los cuales se vería reducido el goce y el disfrute del suelo y del espacio público”*²⁶.

3.2.3 De manera que, con la cesión de terrenos por parte de los promotores de las acciones urbanísticas se obtiene espacio público²⁷, entendido 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”*²⁸, por lo que no es de recibo darle la connotación de tributo a dichas cesiones, incluso, si con estas se obtiene un mayor índice de edificación respecto del básico autorizado.

3.2.4 En conclusión, las cesiones de terrenos constituyen una carga urbanística que debe soportar su propietario o poseedor a título de compensación, porque con el proceso de urbanización se ha obtenido un beneficio, pero, a su vez, se ha generado un impacto urbanístico y ambiental.

3.3 Las cesiones para aumentar la edificabilidad por encima del índice básico de construcción no constituyen un tributo

3.3.1 La Corte Constitucional ha dicho que las *“cesiones gratuitas constituyen una contraprestación de los propietarios de inmuebles por la plusvalía que genera las diferentes actuaciones urbanísticas de los municipios”* y que *“[d]ichas cesiones no*

²⁶ *Ibídem*.

²⁷ Conforme con el artículo 117 de la Ley 388 de 1997, que adicionó un párrafo al artículo 5 de la Ley 9 de 1989, 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”*.

²⁸ Artículo 5 de la Ley 9 de 1989. En general, constituye espacio público *“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”*.

*son propiamente tributos ni rentas de otro orden; se trata de bienes que se incorporan al patrimonio municipal, con ocasión de la actividad urbanística y que indudablemente contribuyen a la integración del espacio público*²⁹.

3.3.2 Por su parte, esta Corporación ha expuesto que *“las cesiones de suelo no corresponden a ningún tipo de tributo, pues se trata de cargas sociales, que aunque pueden llegar a representar cargas también económicas para quien desarrolla el proyecto urbanístico, no tienen una naturaleza tributaria pues no se dan los elementos que configuran el impuesto”*³⁰.

3.3.3 En el caso concreto, el artículo 37 de la Ley 388 de 1997 dispone que *“las reglamentaciones distritales o municipales determinarán, para las diferentes actuaciones urbanísticas, las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general”*³¹ –cesiones obligatorias-.

3.3.4 Por su parte, en el artículo 44 del Decreto Distrital 327 de 2004 se señala que para **aumentar la edificabilidad por encima del índice de construcción básico**, salvo las exclusiones expresamente señaladas, los propietarios deberán cumplir, de manera adicional, con una o varias de las siguientes condiciones: (i) la cesión del suelo protegido urbano, para incorporarlo al sistema de espacio público, (ii) la cesión del suelo urbano para la conformación de la malla vial arterial principal y/o complementaria de la ciudad, (iii) la cesión de suelo adicional a la exigida para parques públicos, (iv) la cesión de suelo adicional a la exigida para equipamientos públicos y/o (v) transferir derechos de construcción de que tratan los artículos 317 y 363 del Decreto 190 de 2004.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-495/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 31 de julio de 2014, radicado Nro. 25000-23-24-000-2007-00235-02, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

³¹ La Corte Constitucional mediante la sentencia C-495/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell, declaró exequible el aparte subrayado.

Estas cesiones, para aumentar la edificabilidad, pueden estar localizadas en el mismo proyecto urbanístico o por fuera de este.

3.3.5 Ese mayor índice de edificación, por encima del básico autorizado en la decisión administrativa constitutiva de la acción urbanística, repercutirá en el valor del predio, pero, a su vez, requerirá la compensación del impacto urbanístico y ambiental producido por el crecimiento urbano que se deriva de dicho aumento, por lo que es razonable que se exijan cargas adicionales de carácter urbano, que no son de índole tributario, como se explicó con anterioridad.

3.3.6 En reciente pronunciamiento, esta Corporación expuso lo siguiente:

[...] la Sala encuentra que el párrafo del artículo 12 del Decreto 436 de 2006³², al establecer el aprovechamiento urbanístico básico como contraprestación de las cargas urbanísticas locales, así como un aprovechamiento urbanístico adicional como contraprestación por concepto de las cesiones urbanísticas adicionales para componentes de las cargas generales, lo que hace es armonizar las disposiciones relativas al aprovechamiento urbanístico en los planes parciales, como el resultante del reparto equitativo de cargas y beneficios, a la luz de la legislación nacional sentada en el Decreto 2181 de 2006 y en la Distrital consignada en el POT Distrital Decreto 190 de 2004.

Por las anteriores consideraciones, la Sala no comparte el cargo de la demanda según el cual los artículos demandados del Decreto 436 de 2006 desconocieron las disposiciones superiores en que debían fundarse, como quiera que no violentan el Decreto Nacional 2181 de 2006, en lo relativo a la posibilidad de compensar componentes de cargas generales de acuerdo con el beneficio que reporten de la urbanización.

En este sentido resultan atinados los presupuestos de hecho y de derecho contemplados en los artículos 12 y 20 del Decreto 436 de 2006, por cuanto

³² Esta norma se refiere a los criterios para la determinación de la edificabilidad en planes parciales, en cuyo párrafo se dispuso lo siguiente: “Para efectos de las definiciones establecidas en el Decreto Nacional 2181 de 2006, se entiende que el aprovechamiento urbanístico que se obtiene de aplicar el índice de construcción resultante de que trata el presente artículo, corresponde a un aprovechamiento urbanístico básico que se reconoce a los propietarios como contraprestación por concepto de las cargas urbanísticas locales, más un aprovechamiento urbanístico adicional como contraprestación por concepto de las cesiones urbanísticas adicionales para elementos pertenecientes a las cargas generales”.

establecen los presupuestos de equitativa distribución de las cargas, de tal manera que los productos de urbanización que generan mayor beneficio e incidencia en el desarrollo del Distrito Capital, en la medida en que exijan mayor utilización de infraestructura vial, de servicios públicos y de afectación de bienes de conservación ambiental, deberán tener mayor participación en las cargas por los beneficios que reportan. No de otra manera se deben interpretar estas normas³³ [subraya la Sala].

3.3.7 Así las cosas, y partiendo del hecho que la participación en plusvalía es un tributo que grava el mayor valor que adquieren los predios como consecuencia de la acción urbanística desarrollada por las entidades públicas en la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano, en tanto que la cesión de terrenos a causa del proceso de urbanización constituye una carga que debe asumir el urbanizador con el objeto de compensar el impacto urbanístico y ambiental que genera el proyecto de urbanización o construcción autorizado, se concluye que si con ocasión de un mismo proyecto urbanístico se deben ceder terrenos, incluso, para acceder a un índice mayor de edificación, y se origina el hecho generador de la plusvalía, no puede predicarse doble tributación, porque se trata de elementos diferentes.

4. Cálculo del efecto plusvalía por mayor aprovechamiento del suelo. Se debe tener en cuenta el índice máximo permitido en la actuación que de manera específica permite una mayor área edificada

4.1 El aprovechamiento del suelo se define como “*el número de metros cuadrados de edificación para un determinado uso que la norma urbanística **autoriza en un predio***”³⁴ [Negrilla de la Sala].

4.2 Cuando la plusvalía surge de la autorización de un mayor aprovechamiento

³³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 31 de julio de 2014, radicado Nro. 25000-23-24-000-2007-00235-02, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

³⁴ Definida en el numeral 1 del artículo 1 del Decreto 2181 de 2006 que modificó la definición que traía el Decreto 1788 de 2004.

del suelo en edificación por incremento en el índice de construcción [numeral 3 del art. 74 de la Ley 388/97], para calcular el efecto plusvalía, se debe seguir el procedimiento señalado en el artículo 77 de la Ley 388 de 1997.

4.2.1 Primero se determina el precio comercial por metro cuadrado de los inmuebles en cada una de las zonas o subzonas beneficiarias; con características geoeconómicas homogéneas, antes de la acción urbanística generadora de la plusvalía. En lo sucesivo este precio servirá como **precio de referencia** por metro cuadrado.

Por valor comercial de un inmueble se entiende “*el precio más favorable por el cual éste se transaría en un mercado donde el comprador y el vendedor actuarían libremente, con el conocimiento de las condiciones físicas y jurídicas que afectan el bien*”³⁵ [Subraya la Sala]³⁶.

4.2.2 Luego, se establece el número total de metros cuadrados que serán objeto del efecto plusvalía. En el caso de un predio será igual al **área potencial adicional de edificación autorizada**, entendida como la cantidad de metros cuadrados de edificación que la nueva norma permite en la respectiva localización, como la diferencia en el aprovechamiento del suelo antes y después de la acción generadora.

4.2.3 De esta manera, el **monto total del mayor valor** será igual al potencial adicional de edificación de cada predio individual multiplicado por el precio de referencia.

4.2.4 Y, el **efecto plusvalía por metro cuadrado**, entendido como “*el incremento*

³⁵ Conforme con el artículo 2 del Decreto 1420 de 1998, por el cual se reglamentan parcialmente el artículo 37 de la Ley 9 de 1989, el artículo 27 del Decreto-ley 2150 de 1995, los artículos 56, 61, 62, 67, 75, 76, 77, 80, 82, 84 y 87 de la Ley 388 de 1997 y, el artículo 11 del Decreto-ley 151 de 1998, que hacen referencia al tema de avalúos.

³⁶ Dentro de ese conocimiento de las condiciones jurídica se encuentra el de la “*reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la realización del avalúo en relación con el inmueble objeto del mismo*”, porque constituye uno de los parámetros que se deben tener en cuenta en la determinación del avalúo comercial. Conforme con el numeral 1 del artículo 21 del Decreto 1420 de 1998.

en el precio del suelo, resultado de las acciones urbanísticas de que tratan los artículos 74, 75, 76, 77 y 87 de la Ley 388 de 1997³⁷, resultará de la división del monto total determinado en los términos indicados con anterioridad, por el área objeto de la participación de plusvalía, que para cada inmueble será igual al área total del mismo destinada al nuevo uso o mejor aprovechamiento, descontada la superficie correspondiente a las cesiones urbanísticas obligatorias para espacio público de la ciudad, así como el área de eventuales afectaciones sobre el inmueble en razón del plan vial u otras obras públicas, las cuales deben estar contempladas en el POT o en los instrumentos que lo desarrollen³⁸.

En igual sentido se refiere el artículo 3 del Decreto Distrital 020 de 2011³⁹.

4.3 Por su parte, el artículo 3 del Decreto 1788 de 2004⁴⁰, dispone que para calcular el efecto de plusvalía en el caso de la autorización específica de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, “**se tendrá en cuenta la incidencia de la edificabilidad adicional autorizada sobre el valor del suelo**” [negrilla y subraya de la Sala].

4.4 Además, el artículo 5 del Decreto 020 de 2011⁴¹, prevé que para el cálculo del efecto plusvalía por mayor aprovechamiento “**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 plusvalía, según lo establecido en la normativa vigente de avalúos,**

³⁷ Definición que trae el literal c) del Decreto 1788 de 2004, por el cual se reglamentan parcialmente las disposiciones referentes a la participación en plusvalía de que trata la Ley 388 de 1997.

³⁸ Artículo 78 de la Ley 388 de 1997.

³⁹ “**Artículo 3. Área objeto de la participación en plusvalía.** De conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 388 de 1997, el número total de metros cuadrados que se considerará objeto de la participación en la plusvalía será, para el caso de cada inmueble, igual al área total del mismo destinada al nuevo uso o mejor aprovechamiento, descontada la superficie correspondiente a las cesiones urbanísticas obligatorias para el espacio público de la ciudad, así como el área de eventuales afectaciones sobre el inmueble en razón del plan vial u otras obras públicas”.

⁴⁰ Por el cual se reglamentan parcialmente las disposiciones referentes a la participación en plusvalía de que trata la Ley 388 de 1997.

⁴¹ Por medio del cual se definen los lineamientos y las competencias para regular la operatividad del cálculo y liquidación de la participación del efecto plusvalía y se dictan otras disposiciones.

en particular el Decreto Nacional 1420 de 1998 y la Resolución 620 de 2008 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC- y demás normas que los adicionen, sustituyan o modifiquen, así como las metodologías instrumentadas para tal fin por la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital –UAECD-. Una vez definido dicho potencial adicional, se establecerán los valores comerciales del suelo, según las disposiciones vigentes en la materia” [subraya y negrilla de la Sala].

4.5 Conforme con el anterior recuento de normas, se concluye que fue voluntad del legislador establecer que la “*autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación*”, elevando el índice de construcción, generara plusvalía, es decir, se reconoció que la autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación incide de manera positiva en el valor del inmueble, beneficio del que, por mandato del artículo 82 constitucional, tienen derecho a participar las entidades públicas.

4.6 Para determinar el efecto plusvalía sobre un terreno, el legislador no estableció que el índice de edificabilidad a tener en cuenta se limite al básico autorizado; por el contrario, del contenido de las normas analizadas se infiere que el efecto plusvalía recae sobre “*el área potencial adicional de edificación autorizada*” [art. 77 Ley. 388/97], es decir, sobre la cantidad de metros cuadrados de edificación que la decisión administrativa, que autoriza la acción urbanística de mayor aprovechamiento del suelo, permite en un determinado inmueble.

4.7 De esta manera, el beneficio del terreno se funda en el índice máximo de construcción permitido en la decisión administrativa que autoriza de manera específica el incremento del aprovechamiento del suelo al aprobar una mayor área edificada.

4.8 Esto guarda coherencia con la definición de índice de construcción⁴² que trae

⁴² Conforme con el párrafo del artículo 74 de la Ley 388 de 1997, para los fines de esa ley, los conceptos urbanísticos de cambio de uso, aprovechamiento del suelo, e índices de ocupación y de construcción serán reglamentados por el Gobierno Nacional.

el literal e) del artículo 1 del Decreto Nacional 1788 de 2004⁴³, según el cual, “es el número máximo⁴⁴ de veces que la superficie de un terreno puede convertirse por definición normativa en área construida y, se expresa por el cociente que resulta de dividir el área permitida de construcción por el área total de un predio” [subraya de la Sala].

4.9 Por lo anterior, no es válido afirmar que para calcular el potencial de edificación para efectos de determinar la plusvalía se deba tomar el índice básico de construcción, porque esto contrasta con el contenido de las normas citadas y desconoce que el hecho generador de la plusvalía, para el caso en estudio, se concreta en la autorización de la Administración para incrementar, con un límite –el índice máximo de construcción-, el uso del suelo permitiendo una mayor área edificada.

4.10 Ahora bien, el hecho que con la solicitud de la licencia de construcción se haga **exigible el pago de la participación en la plusvalía⁴⁵** y que el propietario o poseedor del inmueble no quiera hacer uso del área máxima de construcción autorizada con la acción urbanística, no significa que el efecto plusvalía no se haya causado, porque lo cierto es que este surge por el incremento en el precio del suelo como resultado, entre otras, por la acción urbanística que permite o autoriza su mayor aprovechamiento.

4.11 En conclusión, el índice de edificabilidad a tener en cuenta con el fin de determinar el efecto plusvalía por mayor aprovechamiento del suelo es el máximo permitido en la actuación que de manera específica permite una mayor área edificada, acción que debe estar conforme con el POT o con los instrumentos que lo desarrollen.

⁴³ Por el cual se reglamentan parcialmente las disposiciones referentes a la participación en plusvalía de que trata la Ley 388 de 1997.

⁴⁴ Según el Diccionario de la Real Academia Española máximo significa:
1. adj. Más grande que cualquier otro en su especie
2. m. Límite superior o extremo a que puede llegar algo.

⁴⁵ Artículo 83 de la Ley 388 de 1997.

5. El principio de distribución equitativa de las cargas y los beneficios. No se desconoce por el hecho que se autorice la construcción por encima del índice básico autorizado en la decisión administrativa constitutiva de la acción urbanística, si como contraprestación la Administración exige la cesión de terreno adicional al obligatorio

5.1 En la autorización de mayor aprovechamiento del suelo en edificación por incremento en el índice de construcción generalmente se fija un índice básico y otro máximo de construcción.

5.2 En el caso concreto, para acceder al índice básico de construcción es imprescindible que el propietario o poseedor del predio se ocupe de las cargas locales pero, para beneficiarse del índice máximo de construcción, deberá asumir, adicionalmente, otras cargas diferentes a las locales [art. 44 del D D 327 de 2004]⁴⁶. Si el urbanizador no se hace cargo de estas últimas, seguirá teniendo derecho a construir conforme con el índice básico autorizado.

5.3 No se puede confundir la cesión del terreno para obras de carácter general con el **costo de la infraestructura** general vial principal y redes matrices de servicios públicos que, por corresponder a cargas generales asumidas por el Estado, pueden ser recuperadas por cualquier otro sistema que garantice el reparto equitativo de las cargas y beneficios de las actuaciones [valorización, plusvalía, tarifas, etc.] [inciso final del párrafo del art. 39 de la Ley 388/97, norma citada por la parte actora].

5.4 Dicho lo anterior, se advierte que conforme con el artículo 38 de la Ley 388 de 1997 y en desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollen deberán establecer mecanismos que garanticen el reparto equitativo de las cargas y

⁴⁶ Por el cual se reglamenta el Tratamiento de Desarrollo Urbanístico en el Distrito Capital.

los beneficios derivados del ordenamiento urbano entre los respectivos afectados.

5.5 El artículo 29 del POT, se refiere al reparto de cargas y beneficios en los siguientes términos: *“[l]a política de gestión del suelo se sustenta primordialmente en el principio del reparto equitativo de las cargas y beneficios derivados del ordenamiento urbano, dirigida a reducir las inequidades propias del desarrollo y a financiar los costos del desarrollo urbano con cargo a sus directos beneficiarios”*.

5.6 Es decir, a mayor beneficio, el propietario o poseedor de un inmueble urbanizable deberá asumir mayor carga, respecto de los que tienen menor beneficio con la acción urbanística.

5.7 Ahora bien, el principio de la distribución equitativa de las cargas y los beneficios, previsto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 388 de 1997, como uno de los que fundamenta el ordenamiento del territorio, se ve reflejado, en el escenario que interesa en el caso concreto, en la tabla de equivalencias prevista en el artículo artículo 44 del Decreto Distrital 327 de 2004 en la que, de acuerdo con el tipo de cesión adicional, se fijaron los metros cuadrados que se debían ceder, a cambio de los metros de construcción adicionales a los que accedería el urbanizador, en contraprestación.

5.8 Nótese que las cargas adicionales para que el urbanizador acceda al índice máximo de edificabilidad no quedan a su arbitrio o al de la Administración; por el contrario, los parámetros que se deben atender para el aumento de edificabilidad por cesiones adicionales de suelo están establecidos de manera previa y de acuerdo con escalas que otorgan un beneficio –mayor edificabilidad- a cambio de una carga –cesión de terreno para el beneficio general-, escalas que necesariamente deben consultar el principio analizado, hecho que no ha sido controvertido en este proceso.

5.9 Y, obsérvese que el índice de edificabilidad⁴⁷, que será convertido en derechos de construcción y desarrollo en cada proyecto inmobiliario, dependerá de la cesión de terrenos que el propietario, poseedor o constructor esté dispuesto a entregar para la conformación de espacio público, lo que a su vez repercutirá en el precio de terreno. Es decir, la cesión de terrenos en materia urbanística tiene relación con el índice potencial de edificabilidad -básico o máximo- autorizado con la acción urbanística, el que a su vez, guarda estrecha relación con el de beneficio económico que la autorización para la urbanización reporta para el propietario o poseedor del terreno.

6. El caso concreto

6.1 La parte actora afirmó que el acto administrativo demandado está viciado de nulidad porque la Administración, para calcular el efecto plusvalía, tomó como referente el índice máximo de edificabilidad previsto en el Decreto 327 de 2004, cuando debió tener en cuenta el índice básico de construcción, lo que condujo al desconocimiento del principio de reparto equitativo de cargas y beneficios y, a que se incurriera en doble tributación.

6.1.1 Para resolver, se parte de la categorización de los predios realizada por la SDP, porque en la demanda, el apoderado de la parte actora manifestó que estaba de acuerdo con esta⁴⁸.

6.1.2 Es decir, este asunto se concreta respecto de predios sometidos a tratamiento de desarrollo no sujetos a formulación y adopción de un plan parcial, que se encuentran en el rango 1 de edificabilidad con un índice de construcción

⁴⁷ Ley 388 de 1997. “**Artículo 50.** Índices de edificabilidad. Los planes de ordenamiento o los planes parciales que los desarrollen podrán determinar los índices de edificabilidad relacionados con los inmuebles que formen parte de unidades de actuación o localizados en determinadas áreas o zonas del suelo urbano, para su convertibilidad en derechos de construcción y desarrollo”.

⁴⁸ Página 18 del escrito que integra la corrección y adición de la demanda. Fl. 294 del c.p. Nro. 2.

básico de 1,00 y un índice de construcción máximo de 2,75⁴⁹.

6.1.3 En el caso *sub examine*, está probado que la Subsecretaría de Planeación Territorial de la Secretaría Distrital de Planeación, mediante el Memorando Nro. 3-2011-05877 de 11 de mayo de 2011, emitió el “*Estudio técnico normativo para el cálculo en Plusvalía*” para los inmuebles relacionados en el acto administrativo demandado en este proceso, correspondientes a la subetapa 1 b de la etapa I de la urbanización el Porvenir de Suba, solicitado en el trámite de la licencia urbanización y construcción en la modalidad de obra nueva Nro. 10-4-4128 de la Curaduría Urbana Nro. 4 de Bogotá⁵⁰.

6.1.4 En dicho estudio, la SDP, partiendo de la comparación hecha entre los Acuerdos Distritales 6 de 1990⁵¹ y 26 de 1996⁵², así como del Decreto Incorporativo 616 de 2000⁵³, que complementó el Decreto Distrital 052 de 1999 –normas anteriores- vs. los Decretos Distritales 190⁵⁴, 327⁵⁵ y 430 de 2004⁵⁶ -normas nuevas-, concluyó que el área construida con la norma nueva “*resulta MAYOR*”, porque pasó de 46.083,56 m² a 51.682,69 m²⁵⁷.

Además, precisó que “[e]l cálculo del beneficio normativo se hace teniendo en

⁴⁹ Artículo 26 del Decreto 327 de 2004. “*Por el cual se reglamenta el Tratamiento de Desarrollo Urbanístico en el Distrito Capital*”.

⁵⁰ Fls. 132 a 136 del c.p. Nro. 1.

⁵¹ Por medio del cual se adopta el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá, y se dictan otras disposiciones. Derogado por el Decreto 619 de 2000.

⁵² por el cual se adopta el plan de ordenamiento físico del borde occidental de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., se establecen las normas urbanísticas y las medidas para la preservación, protección y adecuado uso de las áreas que conforman dicho sistema y se dictan otras disposiciones. Derogado por el Decreto 619 de 2000.

⁵³ Por el cual se asigna el Tratamiento Especial de Incorporación a la segunda etapa de los predios rústicos denominados, Fontanar del Río, Fontanar del Río Numero Uno, Fontanar del Río Numero Dos, (Denominados Fontanar del Río A), Fontanar del Río B, los Gavilanes y Tibabuyes Lote-A, ubicados en Área Suburbana de Expansión en la localidad 11a. de Suba, sector sur occidental del Humedal de la Conejera, y se modifica y complementa el Decreto 052/99.

⁵⁴ Este decreto compila las normas de los Decretos Distritales 619 de 2000 y 469 de 2003, que conforman el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, D. C.

⁵⁵ Por el cual se reglamenta el Tratamiento de Desarrollo Urbanístico en el Distrito Capital.

⁵⁶ Por el cual se reglamenta la Unidad de Planeamiento Zonal (UPZ) No. 71, TIBABUYES, ubicada en la Localidad de SUBA.

⁵⁷ El predio pasó de tener una densidad restringida a una densidad resultante de la aplicación de los índices de ocupación y construcción que determina el tratamiento de desarrollo, para el sector de localización de los predios en estudio [Fl. 215 del c.p. Nro. 1].

cuenta el máximo potencial permitido en los dos escenarios⁵⁸ (Subraya la Sala).

6.1.5 Conforme se analizó en lo extenso del numeral 4 de esta providencia, para calcular el índice de edificabilidad con el fin de determinar el efecto plusvalía por mayor aprovechamiento del suelo, se debe tomar el **índice máximo** de construcción permitido en la actuación que de manera específica permite una mayor área edificada, como lo hizo la Administración en la actuación cuestionada; por lo tanto, no le asiste razón a la parte actora.

6.1.6 Por el contrario, está probado que en este caso se configuró el hecho generador de la plusvalía, porque se autorizó un mayor aprovechamiento del suelo en edificación⁵⁹ por aumento o elevación del índice de construcción [numeral 3 del artículo 74 de la Ley 388 de 1997].

6.1.7 En lo que tiene que ver con la supuesta violación del principio de distribución equitativa de las cargas y los beneficios, se observa que en el “*Estudio técnico normativo para el cálculo en Plusvalía*” realizado por la SDP, se determinaron las cargas –cesión de terreno adicional- en las que el propietario o poseedor del predio debía incurrir para obtener mayor edificabilidad⁶⁰, incluso, para alcanzar la máxima permitida, cálculo que no ha sido controvertido y que según se desprende del texto de dicha prueba documental, se realizó atendiendo el reparto de cargas y beneficios⁶¹.

6.1.8 Se advierte que, la parte actora podía acceder al índice máximo de construcción de 2,75⁶², pero, optó por alcanzar un índice de construcción de 1,58⁶³,

⁵⁸ Fl. 134 del c.p. Nro. 1.

⁵⁹ Según la RAE, aprovechamiento urbanístico significa: “*Posibilidad de edificación que el planteamiento urbanístico o la ley asignan a cada terreno o parcela*”.

⁶⁰ Fl. 136 del c.p. Nro. 1.

⁶¹ El estudio de cesiones adicionales corresponde al literal B) del acápite denominado “**REPARTO DE CARGAS Y BENEFICIOS DEC 327/04: cesiones adicionales para incremento de la edificabilidad y obligación provisión VIS y VIP**”

⁶² Conforme con el numeral 6 del artículo 352 del Decreto 190 de 2004, modificado por el artículo 239 del Decreto 469 de 2003), el “*potencial de edificabilidad de los predios con tratamiento de desarrollo deberá ser coherente con las políticas establecidas en la estrategia de ordenamiento territorial y con*

para lo cual, en acatamiento de lo previsto en el artículo 44 D. D. 327 de 2004, eligió **ceder suelo adicional al exigido para parques públicos**, con un área de 538,68 m² de suelo adicional correspondientes a 10.773,60 m², equivalentes al 0,58 de índice de construcción adicional, para un total de 29.348,69 m² construibles, que fueron autorizados con la Resolución Nro. 11-4-1660 de 9 de septiembre de 2011, proferida por la Curaduría Urbana Nro. 4 de Bogotá [numeral 3.2]⁶⁴, que modificó el proyecto urbanístico de desarrollo denominado El Porvenir Suba I Etapa.

Es decir, el titular del proyecto urbanístico asumió una carga general que es adicional a las cesiones para parques y equipamientos [art. 12 *Ib.*]⁶⁵ y, por esta razón, se le autorizó un total de 29.348,69 m²⁶⁶ máximos construibles, es decir, superior al índice básico de 18.793,70 m².

6.1.9 El hecho que la parte actora asuma esa carga adicional y que a cambio de esto obtenga el derecho a ejecutar un mayor índice de construcción respecto del básico, no permite evidenciar el desconocimiento de dicho principio; por el contrario, al haberse admitido un índice de edificación superior al básico, establecido en proporcionalidad con la participación del propietario en las cargas generales urbanísticas, constituye una forma de efectuar la distribución de dichas cargas y, por lo tanto, consulta el mecanismo de reparto de cargas y beneficios.

6.1.10 Como se expuso con anterioridad, ese mayor índice de edificación

*los sistemas de reparto equitativo de cargas y beneficios previstos en esta revisión” y, en el caso “de áreas no sujetas a plan parcial se aplicarán los índices de construcción para las distintas áreas delimitadas en el plano denominado “Índices de Desarrollo”. Para el rango 1, aplicable al caso concreto, se previó un **índice de construcción básico de 1,00 y un índice de construcción máximo de 2,75**. Norma que se tuvo en cuenta en la licencia de construcción, tal como se observa en el folio 113 del c.p.*

⁶³ Tal como consta en la licencia de construcción. Cfr. el folio 114 del c.p.

⁶⁴ Fl. 114 del c. p. Nro. 1.

⁶⁵ “*Los proyectos que sean objeto del proceso de urbanización deberán prever, con destino a la conformación de los sistemas generales, las áreas de cesión pública para parques y equipamientos, correspondientes, como mínimo, al 25% del área neta urbanizable, distribuidas en un 17% para parques, y el 8% restante para equipamiento comunal público; estas cesiones deberán delimitarse, amojonarse y deslindarse en los planos urbanísticos y en el correspondiente cuadro de áreas. Los usos dotacionales deberán prever el 8% del área neta urbanizable como cesión obligatoria y gratuita para espacio público, con excepción de los equipamientos colectivos destinados a parques”.*

⁶⁶ Fl. 114 del cp. Nro. 1.

repercute en el valor del predio, pero, a su vez, requiere la compensación del impacto urbanístico y ambiental producido por el crecimiento urbano que se deriva de dicho aumento, por lo que es razonable que se exijan cargas adicionales de carácter urbano; en consecuencia, se descarta el desconocimiento de dicho principio en el caso concreto.

6.1.11 Tampoco se incurrió en doble tributación, porque conforme se analizó en los numerales 3.2 y 3.3 de esta providencia, las cesiones de terreno en los proceso de urbanización no constituyen un tributo, como si lo es la participación en la plusvalía.

6.2 En relación con lo expuesto en el hecho Nro. 12 de la adición de la demanda, según el cual, *“el pago del tributo fue calculado por la Secretaría Distrital de Hacienda con fundamento en el área bruta del predio, lo que desconoce el artículo 78 de la Ley 388 de 1997”*⁶⁷, la Sala advierte que se trata de una afirmación que no está dirigida a atacar la legalidad del acto administrativo demandado en este proceso, es decir, de la Resolución Nro. 0707 de 12 de junio de 2012, expedida por la SDP, por la que se determinó en \$94.275,84 el efecto plusvalía por m² y en \$47.137,92 el monto de la participación en plusvalía por metro cuadrado para unos predios, actuación que, como se analizó, no está viciada de nulidad.

6.3 En consecuencia, la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto administrativo demandado, motivo por el cual, se confirmará la sentencia apelada en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

7. Las costas

No se condena en costas [gastos o expensas del proceso y agencias del derecho], en esta instancia, porque en el expediente no se probó su causación, como lo exige

⁶⁷ Cfr. el hecho Nro. 12 de la adición de la demanda. Fl. 284 de c.p. Nro. 2.

el numeral 8 del artículo 365 del CGP, aplicable al caso concreto por expresa remisión del artículo 188 del CPACA.

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

FALLA

Primero: DECLÁRASE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, propuesta por el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital en la contestación de la demanda y reiterada en los alegatos de conclusión presentados en segunda instancia. En consecuencia, se desvincula a dicha entidad de este proceso.

Segundo: CONFÍRMASE la sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A".

Tercero: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia.

Cuarto: RECONÓCESE PERSONERÍA a la doctora Nydia Esperanza Vega López, como apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital, en los términos y para los efectos de la sustitución del poder visible en el folio 749 de este cuaderno.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y 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