

PARTICIPACION EN PLUSVALIA – Definición / HECHO GENERADOR – Concepto / ACCIONES URBANISTICAS – Deben estar contenidas en un plan de ordenamiento territorial / ACUERDOS DE CARACTER GENERAL – Es la forma mediante la cual los concejos municipales pueden dar aplicación a la participación en la plusvalía

El artículo 82 de la Constitución Política estableció la participación de las entidades públicas en la plusvalía que genere su acción urbanística. En desarrollo del mandato constitucional, en el año de 1997 la Ley 388 en su Capítulo IX reguló la participación de las entidades estatales en el efecto plusvalía. Así, en su artículo 73 dice: " 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". Entonces, según el artículo 82 de la Constitución Política y la Ley 388 de 1997, 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. 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 inmuebles que resulta de las actuaciones urbanísticas que determina la ley" y en esos términos la considera como una clase de contribución, pero diferente a las tradicionales contribuciones de valorización. Así mismo, conforme al artículo 338 de la Constitución Política la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los tributos. Respecto al hecho generador de la obligación tributaria la Corte Constitucional señaló que: "Es el elemento que en general mejor define el perfil específico de un tributo, puesto que, como lo señala la doctrina, y lo ha precisado esta Corporación (Sentencia C-583/96), este concepto hace referencia a la situación de hecho, que es indicadora de una capacidad contributiva, y que la ley establece de manera abstracta como situación susceptible de generar la obligación tributaria, de suerte que si se realiza concretamente ese presupuesto fáctico, entonces nace al mundo jurídico la correspondiente obligación fiscal." Al tenor del artículo 8 de la Ley 388 ib, al que remite el artículo 74, la función pública de ordenamiento territorial local se ejerce mediante la acción urbanística referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que le son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Indica esa normativa que dichas acciones urbanísticas deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que lo desarrollen o complementen.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 82

DECRETO DISTRITAL 298 DE 2003 - Configura el hecho generador de la participación en plusvalía del plan parcial denominado la magdalena ubicado en la localidad de Kennedy / HECHO GENERADOR DE LA PLUSVALIA – No lo es la licencia de urbanismo o construcción si no los señalados en el artículo 74 de la Ley 388 de 1997

Encuentra la Sala que el Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, configura el hecho generador de la participación en plusvalía, toda vez que constituye una

decisión administrativa que establece una acción urbanística de las que trata el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, "un cambio en los usos del suelo y un mayor aprovechamiento del mismo". Además esa acción urbanística está contenida en un instrumento que desarrolla el plan de ordenamiento territorial, como es el plan parcial en el que, de manera expresa, se consagró que constituía una zona con efecto plusvalía, por cuanto se cambió la clasificación del suelo, incorporándolo a suelo urbano. Con fundamento en lo expuesto se desvirtúa la afirmación del demandado, según la cual si bien la Administración Distrital de acuerdo con la Ley 388 de 1997 tenía la posibilidad autorizar usos y edificabilidades a través de un plan parcial, en las disposiciones del decreto en mención no aparece la definición de autorizaciones específicas, mientras que, se reitera, el plan parcial si es demostrativo de la decisión administrativa contentiva de la acción urbanística. Y no puede tenerse, como se reclama por la demandada, que el hecho generador de la participación en plusvalía sea la autorización específica, que en este caso consistiría, a su juicio, en la licencia de urbanismo o construcción, toda vez que el legislador de manera taxativa definió el hecho generador de la participación de la plusvalía en el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, y se demostró que en el sub iudice el plan parcial cumplía con los presupuestos consagrados en la precitada norma, aunado a que la ley en mención hace referencia a la solicitud de licencia de urbanización o construcción en el artículo 83 pero para la exigibilidad y cobro de la participación en plusvalía, lo que presupone la existencia de cualquiera de los hechos generadores de que trata el artículo 74 ib.

FUENTE FORMAL: LEY 388 DE 1997 - ARTÍCULO 74

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD TRIBUTARIA – Consagración constitucional / PLUSVALIA – En aplicación del principio de irretroactividad la liquidación el hecho generador debe darse después del acuerdo 118 de 2003

La Constitución Política en su artículo 363 así consagra el principio general de la irretroactividad tributaria "El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad." Específicamente sobre el principio de irretroactividad y el hecho generador, esa Corporación señaló que: "En virtud del principio de certeza, la norma que establece el impuesto debe fijar el sujeto activo, el sujeto pasivo, 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 hechos generadores ocurridos antes de su vigencia." Es decir, que en virtud del principio de irretroactividad, para la liquidación del efecto plusvalía en el Distrito Capital, el hecho generador debe darse después de la entrada en vigencia del Acuerdo 118 de 2003, por cuanto la Ley 388 de 1997, como se mencionó anteriormente, indicó que "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". Como quiera que el hecho generador de la participación en plusvalía, en el asunto en examen, acaeció con la decisión administrativa contenida en el Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, y que a esa fecha no se había expedido el Acuerdo para la aplicación de dicho tributo en el Distrito Capital, la Administración no podía entrar a liquidar el efecto plusvalía aplicando disposiciones contenidas en el Acuerdo 118 de 2003, como lo determinó el a quo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 363 / ACUERDO 118 DE 2003

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: **WILLIAM GIRALDO GIRALDO**

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-27-000-2004-02074-01(17083)

Actor: CONSTRUCTORA BOLIVAR S.A. Y FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A.

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 8 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”, que accedió a las súplicas de la demanda. La sentencia dispuso:

“PRIMERO. *Declárase la nulidad de las Resoluciones No. 0220 de 22 de abril de 2004 y No. 0315 de 15 de junio de 2004, expedidas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital y de la Resolución No. 530 de 30 de septiembre de 2004 emanada de la Subdirección Económica de Competitividad e Innovación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital.*

*En consecuencia y como restablecimiento del derecho, declárase que las sociedades CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. Y FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A. no están obligadas a pagar el efecto de la plusvalía sobre el predio La Magdalena determinado en las anteriores resoluciones y ordénase la devolución de las sumas canceladas por ese concepto mas los intereses legales.
(...)”*

ANTECEDENTES

Mediante el Decreto Distrital 298 del 16 de septiembre de 2003, fue adoptado el Plan Parcial denominado La Magdalena, ubicado en la localidad de Kennedy.

El Departamento Administrativo de Planeación Distrital con la Resolución 220 del 22 de abril de 2004, liquidó el efecto plusvalía causado en relación con cada uno de los inmuebles localizados en las zonas o subzonas objeto de dicha participación, correspondientes a las UPZ Nos. 19, 29, 30, 39, 44, 88/97, 102,107 y al Plan Parcial de la Magdalena, y se determinó el monto de la participación en plusvalía de conformidad con las tarifas aprobadas por el Concejo Distrital.

La Fiduciaria Davivienda S.A. y la Constructora Bolívar S.A. interpusieron recurso de reposición contra la Resolución 220 del 22 de abril de 2004, recurso que fue

resuelto por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital con la Resolución 0315 del 15 de junio de 2004, confirmándola.

Mediante la Resolución 530 del 30 de septiembre de 2004 el Subdirector Económico de Competitividad e Innovación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, actualizó a precios de agosto de 2004 los valores del efecto plusvalía liquidados para los predios ubicados en el Plan Parcial predio la Magdalena.

DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Davivienda S.A. y Constructora Bolívar S.A, solicitaron:

“PRIMERO: Que se declare la nulidad de la actuación administrativa por medio de la cual se liquidó el efecto plusvalía sobre el globo de terreno denominado La Magdalena, ubicado en la localidad de Kennedy del Distrito Capital, actuación que se individualiza en los siguientes actos administrativos:

1. Resolución 0220 del 22 de abril de 2004 del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, en relación a la liquidación y determinación del efecto plusvalía del Plan Parcial predio La Magdalena. La resolución liquida el efecto plusvalía del Plan Parcial la Magdalena en \$16.224, expresados en pesos de 2003, por metro cuadrado, y determina la tarifa de participación en un 30 % para el año 2004, 40% para el año 2005 y 50 % para el año 2006.

2. Resolución 0315 del 15 de junio de 2004 del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, por medio de la cual la Jefe del Departamento Administrativo de Planeación Distrital resolvió no reponer la Resolución 0220 del 22 de abril de 2004, agotándose así la vía gubernativa.

3. Resolución 530 del 30 de septiembre de 2004 emanada de la Subdirección Económica de Competitividad e Innovación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, por medio de la cual se actualizó el efecto plusvalía liquidado para los predios ubicados en el Plan Parcial predio la Magdalena, a precios de agosto de 2004. La Resolución fijó el precio en \$17.142 por metro cuadrado del suelo, y resolvió que la tarifa a pagar, equivalente al 30% para el año 2004, era de \$5143 por metro cuadrado.

SEGUNDO: *Que como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho de mis poderdantes CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A Y FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A., declarándose que no están obligadas a pagar la participación en la plusvalía sobre el predio LA MAGDALENA, ordenándose la devolución de los dineros pagados en exceso a título de participación en la plusvalía sobre las licencias de urbanismo o construcción expedidas desde enero 1° de 2004, junto con los intereses a que haya lugar.”*

Como normas violadas y concepto de la violación dijo:

El régimen legal de la plusvalía (Ley 388 de 1997).

Aducen los actores que la participación en la plusvalía es de rango constitucional, y está regulada en forma específica en el capítulo IX de la Ley 388 de 1997

(artículos 73 a 87), el cual contempla los hechos generadores, la base gravable, la tasa, la actualización de la deuda tributaria, la exigibilidad y cobro de la obligación, la liquidación de la participación en la plusvalía y las formas de participación.

Sobre las acciones urbanísticas que constituyen el hecho generador de la participación en la plusvalía, sostuvo que son los planes de ordenamiento, su revisión, o los instrumentos que los desarrollan o complementan y, de manera excepcional, la ejecución de obras públicas previstas en dicho plan, siempre y cuando ellas no sean financiadas por medio de la contribución por valorización.

De ahí se colige que el Plan Parcial es una típica acción urbanística generadora de plusvalía, conforme al numeral 1º del artículo 74 de la Ley 388 *ib*¹, y su efecto económico da lugar a la obligación de participar, siempre que en la localidad se encuentre vigente el régimen de plusvalía al momento de adoptarse el plan.

Respecto a la exigibilidad y cobro de la obligación, recalca que el artículo 83 de la Ley 388 antes citada, señala que la solicitud de licencia es un presupuesto de exigibilidad del pago de la obligación, la que necesariamente debe preexistir, toda vez que no se podría exigir el pago de algo que no se debe.

El régimen distrital de la plusvalía (Acuerdo 118 de 2003).

Señaló que en la actuación administrativa acusada se interpretó que en la licencias de urbanismo o construcción es en donde se concreta el hecho generador, a pesar de que no existe norma en el Acuerdo Distrital 118 de 2003 en dicho sentido. Por el contrario, se prevé que en el Plan de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que lo desarrollen, se especifiquen y delimiten las zonas o subzonas beneficiarias que serán tenidas en cuenta para determinar el efecto plusvalía.

Además, se consagró en el Acuerdo en mención que la declaración y pago de la participación en plusvalía será exigible en el momento de la expedición de la licencia de urbanismo o de construcción, asunto que atañe a la solución de la obligación, y que se causa con posterioridad a su nacimiento, como lo consagró el artículo 79 de la Ley 388 de 1997.

Las acciones urbanísticas que constituyen el hecho generador en la plusvalía.

Afirmó disentir de la tesis central de la liquidación del efecto plusvalía causado en relación con cada uno de los inmuebles localizados en las zonas o subzonas objeto de dicha participación, correspondientes a las UPZ Nos. 19, 29, 30, 39, 44, 88/97, 102,107 y al Plan Parcial de la Magdalena, según la cual es la licencia de urbanismo o construcción y no la acción urbanística, la que constituye el hecho generador de la plusvalía.

En dicho sentido, argumentó que no se puede predicar de las licencias de urbanismo o de construcción la aptitud de innovar y de hacer parte del ordenamiento jurídico territorial, se limitan a constatarlo. Se trata de actos reglados de carácter particular y meramente ejecutivos, que se producen a

¹ “La incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana o la consideración de parte del suelo rural como suburbano”

iniciativa y por cuenta del propietario o poseedor, por lo que no puede ser el hecho generador del tributo en comento.

No es casualidad que el artículo 8 de la Ley 388 de 1997 no incluya las licencias de urbanismo o de construcción en el listado de acciones urbanísticas, pues no se trata de una acción político- administrativa encaminada a regular o modificar la regulación del ordenamiento territorial.

La liquidación oficial y su retroactividad.

En el caso concreto, la acción urbanística es el Plan Parcial adoptado por el Decreto Distrital 298 de 2003, en cuyo artículo 25 se previó en forma anticipada qué es una zona con efecto de plusvalía, por cuanto se cambió la clasificación del suelo, incorporándolo al suelo urbano; lo que se confirma al leer la Resolución DAPD 2220 de 2004, que hace alusión expresa a ese hecho generador de plusvalía y determina su efecto económico.

Por lo tanto se determinó el efecto plusvalía en función de una acción urbanística anterior a la expedición del Acuerdo 118 de 2003. La retroactividad se torna mas evidente cuando se observa que con base en esa acción urbanística se expidieron licencias de urbanismo y de construcción antes de dictarse el citado Acuerdo, lo que quebranta, en forma directa, el principio de irretroactividad de la ley tributaria, elevado a rango constitucional por el artículo 363 de la Constitución Política.

Refuerza el argumento de la aplicación retroactiva de la liquidación el hecho de que mediante acto independiente se ordenó una actualización con fundamento en el artículo 79 de la ley 388 de 1997, cuyo índice de incremento del IPC, utilizado, se retrotrae a la época de la acción urbanística, es decir, el año 2003.

Autonomía financiera del Estado.

La autorización dada por el artículo 73 de la Ley 388 *ib* a los Concejos municipales y distritales para establecer, mediante Acuerdos de carácter general, las normas para la aplicación de la participación en plusvalía en sus respectivos territorios, es consecuencia de la autonomía financiera y administrativa de los entes locales en la gestión de sus intereses, pero en modo alguno comporta desapoderamiento del legislador en cuanto a la definición de los elementos esenciales de la obligación, siempre sujetos al principio de reserva de ley.

Diferencias específicas.

Los actores en relación con la posición que asumió la Administración en los actos acusados, manifestaron que difieren de aquella en los siguientes aspectos:

Hecho generador: El hecho generador de la obligación es la acción urbanística, mientras para la Administración es la expedición de licencias.

Retroactividad: Se gravó una plusvalía generada por una acción urbanística anterior al nuevo régimen distrital. En cambio, para la Autoridad Distrital no hay retroactividad de la liquidación del efecto plusvalía porque el hecho generador no se ha dado.

Tarifa: No hay tarifa aplicable a un hecho generador previo a la normatividad distrital. La Administración sostiene que la tarifa depende de la fecha futura en que se cause el hecho generador (licencias).

Liquidación oficial: La liquidación debe precisar el contenido de una obligación tributaria causada, por la constatación de los respectivos factores (hecho generador, base y tarifa) y la definición de una suma a pagar. Para la Administración se debe estimar el efecto plusvalía, toda vez que el hecho generador no se ha dado todavía.

Exigibilidad: Se da con posterioridad al nacimiento de la obligación, por lo que se debe distinguir entre hecho generador y presupuesto de exigibilidad. Hay diferencia con la posición asumida por la demandada, según la cual el nacimiento y la exigibilidad se dan en una misma oportunidad (expedición de la licencia).

Actualización por inflación: Se debe actualizar la deuda tributaria desde la firmeza de la liquidación. Para la accionada se debe actualizar el efecto plusvalía desde que ocurrió la acción urbanística.

Sujeto pasivo: Es el propietario beneficiado de la acción urbanística, en tanto que para la demandada es el propietario a quien se le expide la licencia urbanística.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones de los actores con los siguientes argumentos:

1. Aspectos de forma de la demanda.

La parte demandante no indicó las normas que presuntamente resultaron vulneradas con la expedición de los actos acusados y, por ende, tampoco explicó el concepto de violación, requisito contemplado en el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, lo que hace que se configure la excepción de inepta demanda.

Del mismo modo no se cumplió con el requisito estipulado en el numeral 6 del artículo 137 *ib*, ya que si bien es cierto que la parte actora determinó la cuantía en ochocientos millones de pesos (\$800.000.000), no especificó, en forma detallada, la razón de su estimación, omisión que igualmente da lugar a la excepción antes aducida.

Adicionalmente alegó que en los poderes otorgados al doctor Arturo Acosta Villaveces no se designó a la autoridad a la que van dirigidos, incumpliendo los presupuestos del artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

2. Legalidad de las Resoluciones 220 del 22 de abril, 315 del 15 de junio y 530 del 30 de septiembre de 2004.

Las Resoluciones 220 del 22 de abril y 315 del 15 de junio de 2004, gozan de plena legalidad al encontrarse amparadas por los artículos 82 de la C.P. y 74 y 81 de la Ley 388 de 1997.

El párrafo del artículo 5 del Acuerdo 118 de 2003 constituye la disposición de sustento para la liquidación de la participación en plusvalía en el caso del predio la Magdalena, toda vez que establece que, en los casos en que se hayan configurado acciones urbanísticas previstas en el Decreto 629 de 2000 o en los instrumentos que lo desarrollan y que no se haya concretado el hecho generador,

habrá lugar a la liquidación y cobro de la participación en plusvalía dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del Acuerdo.

En el artículo 25 del Decreto 298 de 2003, por el cual se adoptó el plan parcial para el predio la Magdalena, como instrumento que desarrolla el Decreto 619 de 2000, se estableció que el predio constituía una zona con efecto plusvalía, acto que se encuentra vigente y no ha sido objeto de la demanda.

Teniendo en cuenta que las resoluciones mencionadas son un mero acto de liquidación que acató las normas vigentes, se concluye que no se encuentran viciadas de nulidad.

Por su parte, la Resolución 530 del 30 de septiembre de 2004, encuentra su fundamento jurídico en el párrafo 2 del artículo 79 de la Ley 388 de 1997.

Asimismo, el Decreto 1788 de 2004 en su artículo 2 establece que los valores comerciales antes de la acción urbanística, a que hacen referencia los artículos 74, 75, 76 y 77 de la Ley 388 de 1997, serán ajustados a valor presente aplicando el Índice de Precios al Consumidor, IPC, a la fecha de expedición del Plan de Ordenamiento Territorial, de su revisión o de la adopción de los instrumentos que lo desarrollan y complementan.

3. Respecto a las diferencias específicas.

Al hecho generador: Afirmó que se deben diferenciar dos conceptos, el hecho generador de la plusvalía o incremento en los precios derivados de la acción urbanística del Estado, y el hecho generador de la obligación tributaria, denominada participación en plusvalía. Para ello se impone el estudio de los artículos 73 a 77 de la Ley 388 de 1997.

El artículo 73 *ib* hace referencia a las acciones urbanísticas que regulan la utilización del suelo, incrementando su aprovechamiento, pero este precepto no se refiere a la generación de la obligación tributaria. Por esa razón dicha norma no puede ser utilizada para argumentar que las acciones urbanísticas constituyen el hecho generador de la obligación tributaria de participación en plusvalía.

Respecto al artículo 74 *ib* indicó que el mismo permite analizar cada uno de los elementos del hecho generador del tributo, que se constituye en un conjunto o secuencia ordenada de requisitos, así:

El primer elemento se refiere a la existencia de una decisión administrativa, de carácter general, que produce el efecto plusvalía o incremento en los precios del suelo, que puede consistir en un acto simple o en un acto complejo.

El segundo elemento o requisito implica que dichas decisiones administrativas configuren acciones urbanísticas. Acciones que se enumeran de manera no taxativa en el artículo 8 de la Ley 388 de 1997.

El tercero de los requisitos, y que se omite en la demanda, es que las decisiones administrativas que configuran acciones urbanísticas se deben concretar en una autorización específica, consagrada como esencial, como se desprende del texto mismo del artículo 74 de la Ley 388 de 1997.

Y el último requisito consiste en que las autorizaciones específicas para destinar el inmueble a un uso más rentable, o a incrementar el aprovechamiento del suelo, deben realizarse de acuerdo con lo que se estatuya formalmente en el respectivo Plan de Ordenamiento o en los instrumentos que lo desarrollen.

Entonces, para que pueda hablarse del nacimiento de la obligación tributaria correspondiente a la modalidad de participación en plusvalía, se requiere que se den todos los elementos señalados. Por tanto, no es aceptable, como argumenta la demandante, que el hecho generador de la obligación tributaria sea simplemente la acción urbanística, ya que no tiene sustento jurídico en las disposiciones de la Ley 388 de 1997.

Recalcó que, ni el plan de Ordenamiento Territorial ni los instrumentos que lo desarrollan, contienen autorizaciones específicas porque forman parte de un conjunto de actos sucesivos, de los cuales se genera un efecto plusvalía potencial, que podrá hacerse efectivo cuando se concrete en cada predio una autorización específica, momento en el cual se consolida el efecto plusvalía y nace la obligación tributaria.

Se entiende otorgada dicha autorización específica en el caso de las licencias de construcción o urbanización, acto administrativo creador de una situación jurídica particular y de un derecho subjetivo, y en los eventos de planes parciales cuando se de aplicación al numeral 6 del artículo 19 de la Ley 388 de 1997, que prevé “6. *La adopción de los instrumentos de manejo de suelo, captación de plusvalías, reparto de cargas y beneficios, procedimientos de gestión, evaluación financiera de las obras de urbanización y su programa de ejecución, junto con el programa de financiamiento.*” O cuando se expiden planes parciales para unidades de actuación urbanística, entendida, de acuerdo con la Ley 388 de 1997 (art.39), como “*el área conformada por uno varios inmuebles, explícitamente delimitada en las normas que desarrolla el plan de ordenamiento, que debe ser urbanizada o construida como una unidad de planeamiento con el objeto de promover el uso racional del suelo, garantizar el cumplimiento de las normas urbanísticas y facilitar la dotación con cargo a sus propietarios, de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos colectivos mediante reparto equitativo de las cargas y beneficios.*”

Diferencias en cuanto a la retroactividad, exigibilidad y liquidación: El principio constitucional de la irretroactividad tributaria ha sido observado estrictamente por la Administración Distrital de Bogotá. No se aplicarán el Acuerdo 118 de 2003 y el Decreto 084 de 2004 a todos aquellos incrementos de precios que se verificaron en relación con terrenos beneficiados por acciones urbanísticas expedidas con anterioridad a la expedición del Acuerdo general de plusvalías, y que obtuvieron igualmente con anterioridad la respectiva licencia de construcción, pero se aplicará a todos aquellos terrenos en relación con los cuales se verifique el efecto plusvalía, y que no hayan obtenido dicha licencia.

Entonces, la irretroactividad solo se puede predicar en relación con las autorizaciones específicas, que es el hecho generador de la obligación tributaria de la participación en plusvalía, y no con normas de ordenamiento o planeamiento de carácter general.

En la demanda aparece una confusión en la interpretación de las disposiciones de la Ley 388 de 1997 sobre participación en plusvalía, que tiende a hacer aparecer como si esta ley hubiere adoptado como hecho generador del tributo los hechos formativos del mayor valor de la propiedad, y como momento de exigibilidad de la obligación aquellos hechos realizados por el contribuyente, en los cuales se hace

efectivo el mayor valor del inmueble, pero a pesar de que el artículo 83 *ib* señala los momentos en que se hace exigible el tributo, se trata de verdaderas condiciones necesarias para que la obligación tributaria pase de un campo teórico a uno actual y concreto.

En el caso concreto del predio la Magdalena, tal y como consta en los hechos de la demanda, el Decreto por el cual se adoptó el Plan Parcial se expidió el 16 de septiembre de 2003, y mediante la Resolución No. 03-2-0266 de octubre 21 de 2003, de la Curaduría Urbana 2 de Bogotá, se aprobó el proyecto urbanístico de la urbanización la Magdalena y se concedió licencia de urbanización para la primera etapa y de construcción para el superlote 1 de la supermanzana 1 y para el superlote 2 de la supermanzana 6 de la etapa 1. En relación con estas porciones del predio se aplica el principio de irretroactividad en materia tributaria, toda vez que se concretó el hecho generador de la obligación tributaria con anterioridad a la expedición del Acuerdo 118 de 2003, independientemente de que en la Resolución 220 de 2004 se haya incluido a todo el predio. En los demás casos, los propietarios de los terrenos estarán obligados al pago de la participación en plusvalía, sea en el momento de la expedición de la licencia de urbanización o construcción o con posterioridad a ella en el caso de transferencia de dominio.

A la preocupación de los actores en cuanto al plazo para liquidar el efecto plusvalía previsto en el parágrafo del artículo 5 del Acuerdo 118 de 2003, al ser menor al determinado en los artículos 80 y 81 de la Ley 388 de 1997, aclaró la demandada que el Concejo Distrital fijó un plazo corto para que los particulares tuvieran claridad sobre su situación como contribuyentes, aunado a que dicho término se consagró en relación con las decisiones administrativas contentivas de acciones urbanísticas que se hubieren definido con anterioridad a la expedición del citado Acuerdo 118.

Diferencia en cuanto a la tarifa: La tarifa no se predica en relación con la fecha en que se cause el hecho generador, sino con la fecha en que se declare y pague la participación en plusvalía.

Actualización por inflación: El artículo 2 del Decreto 1788 de 2004 se debe interpretar en el sentido en que se deben actualizar valores, pues los cálculos del efecto general por zona geoeconómica, por disposición legal, se realizan con valores anteriores a la declaración y pago de la plusvalía.

Referente al sujeto pasivo: Asiste cierta razón a los demandantes cuando señalan que el sujeto pasivo tendrá que ser el beneficiado con la acción urbanística, en tanto que también se beneficia con el incremento de los precios del suelo o efecto plusvalía. Pero no es en estricto sentido el sujeto pasivo de la obligación tributaria, sino el agente económico que debe participar un porcentaje de los incrementos de los precios a las entidades públicas.

En el momento en que se expide la acción urbanística generadora de plusvalía, esta circunstancia se señala en el respectivo acto administrativo, que debe especificar y además delimitar las zonas o subzonas beneficiarias de una o varias de las acciones urbanísticas, las cuales serán tenidas en cuenta, sea en conjunto o cada una por separado, para determinar el efecto plusvalía. Desde este momento el propietario y cualquier tercero que eventualmente compre tierra en esas zonas tiene información de que estaba sujeto a la participación en plusvalía.

4. El Decreto 298 de 2003, por el cual se adopta el plan parcial de la Magdalena, no contiene autorizaciones específicas.

Con respecto a las normas urbanísticas que guardan una relación directa con la configuración futura del hecho generador de la participación en plusvalía, el Decreto 298 de 2003, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial, contiene normas de carácter general, la mayoría de ellas transcritas del Decreto 619 de 2000, por el cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá.

De conformidad con la Ley 388 de 1997, la Administración Distrital tendría la posibilidad de autorizar específicamente usos y edificabilidades a través de un plan parcial, pero en el caso concreto del Decreto 298 de 2003, por el cual se adopta el plan parcial de la Magdalena, se optó por definir una norma de carácter general.

5. Excepciones.

La demandada solicitó declarar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, derivada de la falta de los requisitos contenidos en los numerales 4 y 6 del artículo 137 del C.C.A, al no concretar las normas presuntamente infringidas por los actos acusados, y al no determinar de manera razonada la cuantía, y por carencia de los requisitos formales de los poderes otorgados al doctor Arturo Acosta Villaveces, al no designar la autoridad al que van dirigidos.

Igualmente, solicitó la declaración de la excepción que denominó "*Falta de unidad de los actos demandados*", toda vez que las argumentaciones jurídicas desarrolladas a lo largo del libelo de la demanda cuestionan las definiciones conceptuales relacionadas con los hechos generadores, exigibilidad de su participación y las autorizaciones específicas, asuntos que no están regulados por los actos acusados, sino en los actos de carácter general que rigen la liquidación del efecto plusvalía, los cuales no son objeto de la presente demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", mediante providencia del 8 de noviembre de 2007, acogió las súplicas de la demanda.

A la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de los requisitos contenidos en los numerales 4 y 6 del artículo 137 del C.C.A, el *a quo* no le dio prosperidad, toda vez que de la misma se pueden extraer, por cita expresa, las normas que se consideran violadas, como también la argumentación suficiente para establecer el motivo de inconformidad de la parte accionante, y en relación a la cuantía, de acuerdo a la información dada en la demanda y los anexos, se puede determinar en \$1.030.419.493.00, de manera que el quantum apreciable supera el monto de los procesos que deben ser decididos en primera instancia.

Sobre esta misma excepción, por carencia de los requisitos formales de los poderes otorgados al doctor Arturo Acosta Villaveces, sostuvo que a pesar de que revisado el contenido de los poderes se encuentra que en ellos no se determinó el juez al que se dirigen, en la demanda si se precisa que la actuación judicial esta dirigida a la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y con ello se subsana la omisión de los poderes.

Frente a la falta de unidad de los actos demandados, afirmó que es un argumento de defensa encaminado a sustentar la legalidad de los actos acusados.

Sobre el fondo del asunto argumentó que aun cuando la Ley 388 de 1997 estableció la participación en plusvalía, dicha norma advirtió que los concejos distritales establecerían, mediante acuerdos de carácter general, las normas para la aplicación de la participación de la plusvalía en sus respectivos territorios, lo que aconteció para el Distrito Capital sólo hasta el 30 de diciembre de 2003, fecha en la que se expidió el Acuerdo 118, por lo que a partir de dicha fecha podía comenzar a aplicarse el gravamen para el Distrito.

El hecho generador de la participación de la plusvalía, en el asunto en examen, fue la expedición del Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, mediante el cual se adoptó el plan parcial la Magdalena, que dio origen al gravamen de la plusvalía, toda vez que por medio de éste se cambió la clasificación del suelo, incorporándolo al suelo urbano.

Por ello resulta incorrecta la actuación de la Administración, al pretender equiparar el hecho generador con la exigibilidad, y concluir que no se aplicó de manera retroactiva la norma, ya que para la fecha de expedición de la Resolución 220 del 22 de abril de 2004, aún no se había proferido la licencia de urbanismo y, por lo tanto, no se había concretado el hecho generador, pues las normas distinguen el hecho generador en los artículos 3 del Acuerdo 118 de 2003 y 74 de la Ley 388 de 1997, y su exigibilidad en los artículos 4 del Acuerdo 118 y 83 de la Ley 388 *ib.*

EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandada impugnó la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

1. La Resolución 220 del 22 de abril de 2004 no es violatoria del principio de irretroactividad de la ley tributaria.

El a quo no analizó que la parte demandante encausó sus argumentos hacia preceptos contenidos en disposiciones superiores, cuestionando definiciones conceptuales (hecho generador, exigibilidad y autorización específica), pero no atacó directamente los actos acusados.

El Tribunal tomó como hecho generador la expedición del Decreto Distrital 298 de 2003; sin embargo, la acción urbanística es tan solo uno de los elementos exigidos por la ley para que se concrete el hecho generador de la obligación tributaria denominada participación en plusvalía, pero ella en si misma no es suficiente para que dicho hecho generador se concrete. El hecho imponible o generador es la autorización específica a destinar el inmueble a un uso mas rentable o a incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, tal como lo establece el artículo 74 de la Ley 388 de 1997.

2. La autorización específica como hecho generador de la obligación tributaria.

Si bien el Plan de Ordenamiento Territorial tiene la capacidad de generar un efecto plusvalía, no cumple la condición de autorización específica, para considerar que su sola expedición implica que se consolida dicho efecto. El contenido del acto administrativo que da origen a la obligación tributaria denominada participación en plusvalía, debe ser autorizar, permitir, dar una facultad a alguien, de manera específica, concreta y determinada.

3. Concreción de la autorización específica.

En el Derecho Urbanístico Colombiano es a través de las licencias de urbanismo o construcción que se configura una autorización específica para destinar el inmueble a un uso mas rentable, o bien incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada.

También se pueden concretar autorizaciones específicas en los eventos de planes parciales cuando se de aplicación al numeral 6 del artículo 19 de la Ley 388 de 1997, que establece la adopción de los instrumentos de manejo del suelo, captación de plusvalías, reparto de cargas y beneficios, procedimientos de gestión, evaluación financiera de las obras de urbanización y su programa de ejecución, junto con el programa de financiamiento, o cuando se expiden planes parciales para unidades de actuación urbanística.

4. Instrumentos que desarrollan el POT.

Los instrumentos que desarrollan el POT son decisiones que continúan la labor iniciada por aquél y, en cuanto definen de manera general cambios futuros en la normativa urbanística, producen efecto plusvalía para ciertas zonas o áreas de la ciudad, igualmente de manera general, por efecto del comportamiento del mercado inmobiliario, pero solo en tanto se produzca una autorización específica, se concretará para el particular propietario de un terreno determinado ese incremento en los precios del suelo.

5. Retroactividad, exigibilidad y liquidación.

Afirmó que el hecho generador de la obligación tributaria, participación en plusvalía, es la autorización específica a destinar un inmueble particular a un uso mas rentable. En el asunto en debate la acción urbanística era anterior a la expedición del acuerdo de plusvalía, mas no las autorizaciones específicas que se deben concretar con base en lo estatuido en el plan parcial o en el instrumento que desarrolla el POT.

6. El Decreto 298 de 2003, por el cual se adoptó el plan parcial la Magdalena, no contiene autorizaciones específicas.

El Decreto 298 de 2003, salvo algunas excepciones, se limitó a transcribir normas generales, la mayoría de ellas del Decreto 619 de 2000, por el cual se adoptó el POT de Bogotá. Si bien la Administración Distrital de acuerdo con la Ley 388 de 1997 tenía la posibilidad autorizar usos y edificabilidades a través de un plan parcial, en las disposiciones del decreto en mención, no aparece la definición de autorizaciones específicas.

Para rematar la impugnación solicitó que se revoque la decisión contenida en la sentencia del 8 de noviembre de 2007, y en el evento de no prosperar su petición principal, solicitó declarar que la nulidad de la Resolución 0220 de 2004, es solo respecto a la liquidación del efecto plusvalía para el predio la Magdalena.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada en esta etapa procesal reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

La demandante ratificó los argumentos presentados en la demanda.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 8 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", que acogió las pretensiones de la demanda.

De acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación antes citado, en primer lugar debe precisar la Sala si el *a quo* tal como lo afirmó el apelante, analizó que la parte actora encausó sus argumentos hacia preceptos contenidos en disposiciones superiores, cuestionando definiciones conceptuales (hecho generador, exigibilidad y autorización específica), pero no atacó directamente los actos acusados.

Esta afirmación se desestimaré, por cuanto si se examina la demanda en cuestión, se verifica que los accionantes solicitaron la nulidad específica de unos actos administrativos, y la mención que se hace respecto a las disposiciones consagradas en normas de orden superior, guarda correspondencia con la libertad que le asiste al actor de identificar las normas violadas y desarrollar el concepto de violación en los términos del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo; razón por la cual el *a quo* por dichos motivos no debía desestimar la demanda presentada.

Como fundamento de los otros cargos de apelación, el demandado adujo que el hecho generador de la participación en plusvalía es la autorización específica a destinar el inmueble a un uso mas rentable o a incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, como lo consagra el artículo 74 de la Ley 388 de 1997. Sostuvo, también, que se concretan las autorizaciones específicas a través de las licencias de urbanismo o construcción, en los eventos de planes parciales, cuando se de aplicación al numeral 6 del artículo 19 de la Ley 388 de 1997 o cuando se expiden planes parciales para unidades de actuación urbanística.

Recalcó que en el asunto que se ventila la acción urbanística era anterior a la expedición del acuerdo de plusvalía, mas no las autorizaciones específicas que se deben concretar con base en lo establecido en el plan parcial, razón por la cual el Decreto 298 de 2003 que adoptó el plan parcial la Magdalena, no contiene una autorización específica.

Con los argumentos presentados se cuestionó el fallo de primera instancia, en cuanto este determinó que la Administración liquidó el efecto plusvalía con base en un hecho (plan parcial) acaecido con anterioridad a la expedición del Acuerdo 118 de 2003, que reglamentó el tributo para el Distrito Capital, contrariado así el principio de irretroactividad tributaria.

La Sala debe establecer si el Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, por el cual se adoptó el Plan Parcial denominado La Magdalena, ubicado en la localidad de Kennedy, constituyó el hecho generador de la participación en plusvalía, como lo determinó el Tribunal.

El artículo 82 de la Constitución Política estableció la participación de las entidades públicas en la plusvalía que genere su acción urbanística.

En desarrollo del mandato constitucional, en el año de 1997 la Ley 388 en su Capítulo IX reguló la participación de las entidades estatales en el efecto plusvalía. Así, en su artículo 73 dice: " *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".

Entonces, según el artículo 82 de la Constitución Política y la Ley 388 de 1997, 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. 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 inmuebles que resulta de las actuaciones urbanísticas que determina la ley"² y en esos términos la considera como una clase de contribución, pero diferente a las tradicionales contribuciones de valorización.³

Así mismo, conforme al artículo 338 de la Constitución Política la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los tributos.

Respecto al hecho generador de la obligación tributaria la Corte Constitucional señaló que: *"Es el elemento que en general mejor define el perfil específico de un tributo, puesto que, como lo señala la doctrina, y lo ha precisado esta Corporación (Sentencia C-583/96), este concepto hace referencia a la situación de hecho, que es indicadora de una capacidad contributiva, y que la ley establece de manera abstracta como situación susceptible de generar la obligación tributaria, de suerte que si se realiza concretamente ese presupuesto fáctico, entonces nace al mundo jurídico la correspondiente obligación fiscal."*⁴

Dentro de este marco normativo y doctrinario, el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, señaló los hechos generadores de la participación en plusvalía:

"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 a 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.*

En el mismo plan de ordenamiento territorial o en los instrumentos que lo desarrollen, se especificarán y delimitarán las zonas o subzonas beneficiarias de una o varias de las acciones urbanísticas contempladas en este artículo, las

² CAMACHO MONTOYA Álvaro. LA PLUSVALÍA: UN NUEVO TRIBUTOS INMOBILIARIO. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 2003. Página 11.

³ Ver autos de 18 de marzo de 2010, Rad. 17951 C.P. Dr. William Giraldo Giraldo y del 25 de noviembre de 2010, Rad. 18476, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-987 de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero.

cuales serán tenidas en cuenta, sea en conjunto o cada una por separado, para determinar el efecto de la plusvalía o los derechos adicionales de construcción y desarrollo, cuando fuere del caso.”

Al tenor del artículo 8 de la Ley 388 *ib*, al que remite el artículo 74, la función pública de ordenamiento territorial local se ejerce mediante la acción urbanística referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que le son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Indica esa normativa que dichas acciones urbanísticas deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que lo desarrollen o complementen.

El Decreto 1599 del 6 de agosto de 1998⁵, vigente para la época de la actuación cuestionada, reglamentó las normas referentes a la participación en plusvalía de que trata la Ley 388 de 1997. Dispuso en el artículo 2:

“Artículo 2º.- *Son hechos generadores de la participación en la plusvalía:*

- 1. La incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana o la consideración de parte de 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.*
- 4. Conforme al artículo 87 de la Ley 388 de 1997, la ejecución de obras públicas prevista en el plan de ordenamiento territorial o en los instrumentos que lo desarrollen, que generen mayor valor en predios en razón de las mismas y no se hayan utilizado para su financiación la contribución de valorización.”*

Ahora bien, con la finalidad de lograr la aplicación en todos los municipios y distritos del territorio nacional, la misma Ley 388 *ib* señaló que *“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 esto, el Concejo de Bogotá, en el Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003, estableció las reglas para la aplicación de la participación en plusvalía en el Distrito Capital.

Dicho Acuerdo Distrital hizo referencia a los hechos generadores de la participación en plusvalía, en el artículo 3⁶, así:

⁵ Derogado por el art. 7, Decreto Nacional 1788 de 2004.

⁶ *Modificado por el art. 13, Acuerdo Distrital 352 de 2008. “Artículo 3. Hechos generadores. Constituyen hechos generadores de la participación en la plusvalía derivada de la acción urbanística de Bogotá, Distrito Capital, las autorizaciones específicas ya sea a 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:*

- 1. La incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana.*
- 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.*
- 4. Cuando se ejecuten obras públicas consideradas de “macroproyectos de infraestructura” previstas en el Plan de Ordenamiento Territorial y/o en los instrumentos que lo desarrollen, y no se haya utilizado para su financiación la contribución de valorización.*

Parágrafo 1º. *En el Plan de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que lo desarrollen se especificarán y delimitarán las zonas o subzonas beneficiarias de una o varias de las acciones urbanísticas contempladas en este artículo, las cuales serán tenidas en cuenta, sea en conjunto o*

Artículo 3. Hechos generadores. *Constituyen hechos generadores de la participación en la plusvalía derivada de la acción urbanística de Bogotá Distrito Capital, las autorizaciones específicas, ya sea a 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:*

1. *El establecimiento o modificación del régimen o la zonificación de usos del suelo.*

2. *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.*

Parágrafo Primero. *En el plan de ordenamiento territorial o en los instrumentos que lo desarrollen se especificarán y delimitarán las zonas o subzonas beneficiarias de una o varias de las acciones urbanísticas contempladas en este artículo, las cuales serán tenidas en cuenta, sea en conjunto o cada una por separado, para determinar el efecto de la plusvalía o los derechos adicionales de construcción y desarrollo, cuando fuere del caso.*

De acuerdo al marco legal expuesto, debe precisarse si el hecho generador de la participación en plusvalía se configuró con la expedición del Decreto 298 de 2003, por lo que se hará referencia a las pruebas que obran en el expediente.

El Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, por el cual se adopta el Plan Parcial denominado La Magdalena, ubicado en la localidad de Kennedy, señaló en el artículo 25 **"PARTICIPACIÓN DEL DISTRITO EN PLUSVALÍAS: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 468 a 470 del Plan de Ordenamiento Territorial, y el capítulo IX de la Ley 388 de 1997, el presente plan parcial constituye una zona con efecto plusvalía, por cuanto se cambia la clasificación del suelo, incorporándolo a suelo urbano."** (fls.52 a 73 Cdnno ppal).

Con oficio del 14 de diciembre de 2005⁷ el Director del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, dio respuesta a una solicitud relacionada con la prueba documental esgrimida por la actora. En lo pertinente dijo:

"1. ¿Cuándo y quién solicitó a esa entidad la estimación del mayor valor por metro cuadrado en relación con el predio la Magdalena?"

Respuesta

Mediante oficio 2-2003 -25571 de fecha 3 de diciembre de 2003, el Departamento Administrativo de Planeación (DAPD) nos solicitó la determinación del cálculo del efecto plusvalía para el predio denominado La Magdalena.

2. ¿Qué instrucciones recibieron sobre cómo determinar el efecto plusvalía?"

Respuesta

Dicho oficio citó como marco legal y normativo para la determinación del mayor valor lo estipulado en el capítulo IX artículos 74 y 75 de la Ley 388 de 1997 y los artículos 467 a 469 del Decreto Distrital 619 de 2000.

Debido a que con anterioridad a la adopción del Plan Parcial el predio estaba clasificado como suelo de expansión, se indicó que para la determinación del avalúo se tuviera en cuenta el artículo 185 del Acuerdo 6 de 1990 y el parágrafo 1 del artículo 89 del Decreto 619 de 2000, "hasta tanto se incorpore el suelo de expansión al perímetro urbano mediante planes parciales, este suelo tendrá usos agropecuarios y forestales."

De acuerdo con lo expuesto encuentra la Sala que el Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, configura el hecho generador de la participación en plusvalía,

cada una por separado, para determinar el efecto de la plusvalía o los derechos adicionales de construcción y desarrollo, cuando fuere del caso."

⁷ Folio 454 cuaderno principal.

toda vez que constituye una decisión administrativa que establece una acción urbanística de las que trata el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, “*un cambio en los usos del suelo y un mayor aprovechamiento del mismo*”⁸. Además esa acción urbanística esta contenida en un instrumento que desarrolla el plan de ordenamiento territorial, como es el plan parcial⁹, en el que, de manera expresa, se consagró que constituía una zona con efecto plusvalía, por cuanto se cambió la clasificación del suelo, incorporándolo a suelo urbano.

Con fundamento en lo expuesto se desvirtúa la afirmación del demandado, según la cual si bien la Administración Distrital de acuerdo con la Ley 388 de 1997 tenía la posibilidad autorizar usos y edificabilidades a través de un plan parcial, en las disposiciones del decreto en mención no aparece la definición de autorizaciones específicas, mientras que, se reitera, el plan parcial si es demostrativo de la decisión administrativa contentiva de la acción urbanística.

Y no puede tenerse, como se reclama por la demandada, que el hecho generador de la participación en plusvalía sea la autorización específica, que en este caso consistiría, a su juicio, en la licencia de urbanismo o construcción, toda vez que el legislador de manera taxativa definió el hecho generador de la participación de la plusvalía en el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, y se demostró que en el *sub judice* el plan parcial cumplía con los presupuestos consagrados en la precitada norma, aunado a que la ley en mención hace referencia a la solicitud de licencia de urbanización o construcción en el artículo 83 pero para la exigibilidad y cobro de la participación en plusvalía, lo que presupone la existencia de cualquiera de los hechos generadores de que trata el artículo 74 *ib.*

Se reafirma lo expuesto acudiendo a lo consagrado en el artículo 80 de la Ley 388 de 1997, sobre el procedimiento del cálculo del efecto plusvalía, pues según este “... dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la adopción del Plan de Ordenamiento Territorial, de su revisión, o de los instrumentos que lo desarrollan o complementan, en el cual se concretan las acciones urbanísticas que constituyen los hechos generadores de la participación en la plusvalía, el alcalde solicitará se proceda a estimar el mayor valor por metro cuadrado en cada una de las zonas o subzonas consideradas.” y, como quedó establecido, el 3 de diciembre de 2003 la Administración solicitó mediante memorando la determinación del cálculo para el efecto plusvalía, de lo que se concluye que a esa fecha el hecho generador ya se había configurado.

Fijado el hecho generador en el asunto en análisis (expedición del Decreto 298 de 2003), debe precisarse si existió vulneración al principio de irretroactividad tributaria al liquidarse el efecto plusvalía con la Resolución 220 de 2004, teniendo en cuenta que el Concejo de Bogotá, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren los artículos 82 de la Constitución Política, 73 y siguientes de la Ley 388 de 1997, 101 de la Ley 812 de 2003, el Decreto Nacional 1599 de 1998, el artículo 12 numerales 1 y 3 del Decreto 1421 de 1993, estableció las normas para la aplicación de la participación en plusvalía con el Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003, publicado en el Registro Distrital 3017 de diciembre 30 de 2003.

⁸ Así se advierte en la Resolución 220 de 22 de abril de 2004, por medio de la cual se liquida el efecto plusvalía, cuando se refiere al Decreto 298 de 2003 (fl.81).

⁹ *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.

La Constitución Política en su artículo 363 así consagra el principio general de la irretroactividad tributaria *“El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.”*

Sobre este principio la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-430 de 2009:

“La irretroactividad de las normas jurídicas tributarias se respalda tradicionalmente en el concepto de seguridad jurídica, de manera que la norma impositiva tenga un carácter previo a la producción de los hechos que regula, con el fin de que su alcance pueda ser conocido por los destinatarios de la norma y por los eventuales realizadores de los hechos generadores del gravamen, evitando de esta manera que los sujetos pasivos de la obligación tributaria y, aún los beneficiarios del gravamen, puedan ser tomados por sorpresa, lo que a su turno garantiza la realización del principio de legalidad, a partir del cual se amparan los hechos causados y consolidados bajo el imperio de una norma jurídica. Al respecto, se tiene que en sentencia C-185 de 1997 se estableció que la garantía de irretroactividad de la ley tributaria se plasmó en beneficio del contribuyente, con el fin de evitar que un Estado fiscalista abusara del derecho de imponer tributos.”

Específicamente sobre el principio de irretroactividad y el hecho generador, esa Corporación señaló que: *“En virtud del principio de certeza, la norma que establece el impuesto debe fijar el sujeto activo, el sujeto pasivo, 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 hechos generadores ocurridos antes de su vigencia.”*¹⁰

Es decir, que en virtud del principio de irretroactividad, para la liquidación del efecto plusvalía en el Distrito Capital, el hecho generador debe darse después de la entrada en vigencia del Acuerdo 118 de 2003, por cuanto la Ley 388 de 1997, como se mencionó anteriormente, indicó que *“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”*.

Como quiera que el hecho generador de la participación en plusvalía, en el asunto en examen, acaeció con la decisión administrativa contenida en el Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, y que a esa fecha no se había expedido el Acuerdo para la aplicación de dicho tributo en el Distrito Capital, la Administración no podía entrar a liquidar el efecto plusvalía aplicando disposiciones contenidas en el Acuerdo 118 de 2003, como lo determinó el *a quo*.

En cuanto a la petición subsidiaria formulada por el apelante, referida a declarar que la nulidad de la Resolución 0220 de 2004, cobije sólo la liquidación del efecto plusvalía para el predio la Magdalena, se accederá, toda vez que dicho acto administrativo incluyó tanto la liquidación del efecto plusvalía respecto al Plan Parcial la Magdalena, como a las UPZ Nos. 19, 29,30,39,44,88/97,102 y 107.

Frente al restablecimiento del derecho ordenado por el Tribunal, se modificará, por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuyo caso el mismo debe circunscribirse a determinar que no le asiste obligación al demandado de pagar suma de dinero alguna por la participación de plusvalía respecto al predio la Magdalena, sin perjuicio del derecho que le asiste al actor de solicitar la devolución de las sumas pagadas con ocasión de dicho gravamen, en caso de que lo hubiera hecho, lo que no fue materia de la litis.

¹⁰ Sentencia C-643 de 2002

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

FALLA

MODIFÍCASE el artículo primero de la Sentencia apelada, el cual quedará así:

“PRIMERO. *Declárase la nulidad parcial de la Resolución No. 0220 del 22 de abril de 2004 expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, y la nulidad de la Resolución No. 0315 de 15 de junio de 2004 proferida por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital y la Resolución No. 530 del 30 de septiembre de 2004, emanada de la Subdirección Económica de Competitividad e Innovación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital.*

En consecuencia y como restablecimiento del derecho declárase que las sociedades CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. Y FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A. no están obligadas a pagar el efecto plusvalía sobre el predio La Magdalena determinado en las anteriores resoluciones.”

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO