



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

**CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA
RODRÍGUEZ**

Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado: 25-000-23-37-000-2012-00505-01 (21065)
Actor: CONSTRUCTORA COLPATRIA SA
Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DE PLANEACIÓN
DISTRITAL
Tema: Participación en plusvalía. Hecho generador. Causación,
base gravable.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 12 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, que negó las pretensiones que más adelante se transcriben.

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El 22 de agosto de 2011, mediante la Resolución 1104, la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá determinó el efecto plusvalía en \$35.957,15 por metro cuadrado para el predio ubicado en Bogotá, identificado con matrícula inmobiliaria 50S-40523003.

El 8 de octubre de 2012, mediante la Resolución 1240, la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá confirmó la Resolución 1104 del 22 de agosto de 2011.

ANTECEDENTES DEL PROCESO

Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, Constructora Colpatria SA formuló las siguientes pretensiones (Fls. 338 al 340):

PRIMERA PRETENSIÓN: Que se declare la nulidad total del acto administrativo contenido en la Resolución 1104 del 22 de agosto de 2011 por medio de la cual la SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN liquidó el efecto plusvalía para el predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 50S-40523003 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se declare la nulidad total del acto administrativo contenido en la Resolución 1240 del 8 de octubre de 2012 por medio del cual la SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1104 del 22 de agosto de 2011.

TERCERA PRETENSIÓN: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada, se restablezca el derecho de mi mandante declarando que NO se generó efecto plusvalía sobre el predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 50C-40523003 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá.

CUARTA PRETENSIÓN: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada se restablezca el derecho de mi mandante declarando que NO está obligada al pago del tributo de participación por plusvalía liquidado por la Secretaría Distrital de Planeación mediante la Resolución 1104 del 22 de agosto de 2012.

QUINTA 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 [de] DOS MIL SETENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$2.078.374.000.00), valor pagado por concepto de participación por plusvalía sobre el predio de mayor extensión identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 50S-40523003 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, o lo que se pruebe en el proceso.

SEXTA PRETENSIÓN: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada, se restablezca el derecho de mi mandante y se ordene a la SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN pagar a mis mandantes cualquier suma de dinero pagada por éstos con posterioridad a la interposición de la presente demanda, por concepto del tributo participación por plusvalía liquidado mediante la Resolución 1104 del 22 de agosto de 2011 sobre el predio de mayor extensión identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 50S-40523003 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, o sobre los que de él se hayan segregado.

SÉPTIMA 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 4 [del] artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVA 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 y hasta el momento en que efectivamente se haga el pago 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.

NOVENA 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.

La demandante invocó como normas violadas los artículos 13 y 338 de la Constitución; 30, 38, 39, 73, 74 y 83 de la Ley 388 de 1997; 1, 26, 43, 44, 333, 334 y 349 del Decreto 327 de 2004; los acuerdos 6 de 1990 y 118 de 2003 y los decretos distritales 734 y 737 de 1993.

El concepto de la violación de las anteriores normas se resume así:

1. Nulidad por falsa motivación La expedición de la licencia de urbanismo o la del Decreto 327 de 2004 no constituyen hecho generador de la participación en plusvalía.

Sostuvo que el Distrito Capital, en la Resolución 1104 del 22 de agosto de 2011, señala que sobre el predio con matrícula inmobiliaria 50S-40523003 se configuró el hecho generador de la participación en plusvalía con la licencia de urbanismo otorgada mediante la Resolución 09-4-1155 del 3 de agosto de 2009.

Que lo anterior desconocía la Ley 388 de 1997, que establece que el hecho generador de la participación en plusvalía son las acciones urbanísticas que regulan la utilización del suelo que se vean reflejadas en un incremento del valor de predio y que las licencias urbanísticas solo tienen por objeto regular el uso del suelo.

Alegó que, de ser el caso, la acción urbanística que habría concretado el hecho generador de la participación en plusvalía frente al predio fue la expedición del Decreto 327 de 2004, pero que esa norma no generó un mayor valor por metro cuadrado del predio y que, por tanto, no constituía el hecho generador del tributo en discusión.

Lo anterior en razón a que el Decreto 327 de 2004 no autorizó el desarrollo de usos más rentables ni mayores índices de edificabilidad que los del Acuerdo 6 de 1990 y los decretos 734 y 737 de 1993.

Para sustentar lo anterior, explicó que, según el Acuerdo 6 de 1990 y los decretos 734 y 737 de 1993, el predio estaba ubicado en el tratamiento de desarrollo -zona industrial densidad autorregulada- y que tenía permitido el uso de vivienda.

Que, posteriormente, mediante el Decreto 619 de 200, el predio fue ubicado en el tratamiento de desarrollo área de actividad múltiple, pero que en aplicación del régimen de transición del artículo 515 *ibídem*, las normas sobre usos y edificabilidad previstas en los decretos que reglamentaban el Acuerdo 6 de 1990 se siguieron aplicando hasta el 11 de octubre de 2004, fecha de expedición del Decreto Distrital 327.

Explicó que, según el Distrito Capital, si bien el Acuerdo 6 de 1990 y los decretos 734 y 737 de 1993 permitían que en el predio se desarrollara el uso de vivienda, este estaba restringido por la existencia de industrias en las inmediaciones del inmueble, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 del Decreto 736 de 1993.

Que, la demandante, con el fin de verificar la existencia de industrias en las inmediaciones del predio, solicitó a la Secretaría de Planeación Distrital certificar sobre la expedición de licencias urbanísticas que dieran cuenta de instalaciones de ese tipo, a lo que la Administración, mediante el Oficio 2-2012-30753 del 25 de junio de 2012, informó que no existían licencias de esa naturaleza.

Con fundamento en lo anterior, advirtió que no era cierto, como se señala en los actos administrativos demandado, que en la vigencia del Acuerdo 6 de 1990, en el inmueble no era posible desarrollar el uso de vivienda por la existencia de industrias que limitaran su uso.

Que, de esa manera, estaba demostrado que el Acuerdo 6 de 1990 permitía el desarrollo de los mismos usos permitidos por el Decreto 327 de 2004, lo que desvirtuaba la causación de la plusvalía.

De otra parte, manifestó que el Decreto 327 de 2004 disminuyó la edificabilidad del predio, tanto por el índice de ocupación como por el índice de construcción, frente a lo regulado en el Acuerdo 6 de 1990.

Que, para el índice de ocupación, bajo la regulación del Acuerdo 6 de 1990, la cantidad de metros construibles para el uso de vivienda era de 242.022,66, lo que se traducía en un índice de ocupación del 1,14, mientras que de aplicar el índice de ocupación del 0,28 previsto en el artículo 26 *ibídem*, en vigencia del Decreto 327 de 2004, la cantidad de metros cuadrados construibles se reducía a 60.453,51.

Que, para el índice de construcción, en vigencia del Acuerdo 6 de 1990, la cantidad de metros construibles para el uso de vivienda era de 1.624.079,29, con un índice de construcción de 7,64, mientras que del Decreto 327 de 2004, de aplicar el índice de ocupación del 1,00 previsto en el artículo 26 *ibídem*, la cantidad de metros cuadrados construibles en uso de vivienda se reducía 21.905,41 m².

Dijo que lo anterior estaba debidamente soportado mediante un estudio un técnico elaborado por un perito arquitecto, que solicitó tener como prueba en el proceso.

2. Nulidad por violación de las normas en que debía fundarse.

Dijo que el cálculo del potencial edificatorio del predio se efectuó con base en el índice máximo de construcción previsto en el Decreto 327 de 2004, lo que está proscrito por el principio de reparto de cargas y beneficios previstos en la Ley 388 de 1997.

Agregó que de los actos administrativos enjuiciados se advierte que el referente para calcular el potencial de edificabilidad, de acuerdo con lo regulado en el Acuerdo 327 de 2004, fue el índice máximo de construcción y no el índice básico construcción, conforme lo exige la Ley 338 de 1997.

Que de conformidad con los artículos 43 y 44 del Decreto 327 de 2004, para acceder al índice máximo de construcción es necesario asumir las

cargas de los sistemas públicos generales. Que de lo anterior se desprende que si el propietario de un predio decide no asumir esas cargas, puede aprovechar el índice básico.

Alegó que calcular la participación en plusvalía a partir del índice máximo de construcción implica la imposición de una carga para el propietario, aun cuando su voluntad sea no hacer uso de la edificabilidad adicional.

Concluyó que la obtención de un índice de construcción adicional, condicionada a una cesión adicional, por ser una carga general, no puede ser objeto de la plusvalía, por cuanto no se trata de una decisión urbanística, sino de una opción que la norma prevé, cuya aplicación depende de la voluntad del propietario.

Contestación de la demanda

El Distrito Capital se opuso a las pretensiones de la demandante. Para el efecto, propuso excepciones y formuló argumentos de fondo.

1. Excepciones de inepta demanda y de presunción de legalidad de los actos demandados.

Sobre la excepción de inepta demanda, manifestó que la demanda no cumple con las exigencias del artículo 162 del CPACA, por cuanto no se indicó la dirección de notificación de la parte demandante.

En relación con la presunción de legalidad de los actos demandados, indicó que no existía irregularidad que pueda desvirtuar la presunción de legalidad de los actos controvertidos, en tanto fueron expedidos conforme a la normativa aplicable y como consecuencia de la configuración del hecho generador del efecto plusvalía sobre el predio en cuestión.

De igual forma, a modo de excepción, señaló que había certeza sobre la existencia de industrias con emisiones contaminantes, sobre la restricción para uso de vivienda, en vigencia del Acuerdo 6 de 1990 y sobre la configuración del hecho generador del efecto plusvalía.

2. Sobre la falsa motivación, referida a la licencia urbanística como hecho generador de la participación en plusvalía.

Alegó que si bien la Resolución 1240 de 2012 señala que el hecho generador de la participación en plusvalía se concretó con la expedición de la licencia urbanística, esa afirmación no configura un causal de anulación de los actos administrativos.

Advirtió que la Resolución 1240 de 2012 se ajusta al marco normativo aplicable al caso, en tanto que se sustenta en la comprobación de la ocurrencia le hecho generador de la participación en plusvalía, conforme lo regulado en el artículo 74 de la Ley 388 de 1997.

Sostuvo que así el hecho generador no hubiera sido la expedición de la licencia de urbanismo, esa circunstancia no es de la entidad suficiente para que se anulen los actos acusados, pues independientemente de que el concepto de autorización específica y de concreción del hecho generador de la participación en plusvalía, lo cierto es que en este caso ese efecto sí se presentó.

Insistió en que las normas citadas en la demanda son armónicas entre sí y no ofrecen ninguna contradicción, además de que están vigentes en el ordenamiento jurídico, pues no han sido anuladas o suspendidas.

3. Sobre la falsa motivación por la causación de la participación en plusvalía con la expedición del Decreto 327 de 2004

En primer lugar, indicó que la demandante yerra al decir que no hubo provecho del cambio normativo sobre el predio, pues en las zonas aledañas existían industrias que impedían la urbanización con fines residenciales. Que ese hecho fue suficientemente acreditado en el trámite administrativo que originó los actos materia de discusión.

Señaló que los estudios técnicos elaborados por las autoridades distritales, que sirvieron de sustento a los actos administrativos acusados, establecieron la existencia de industrias de alto impacto que no permitían el uso de vivienda en el sector.

Que, en ese sentido, no hubo insuficiencia probatoria en el trámite del cálculo y liquidación de la plusvalía, y que la existencia y funcionamiento de industrias de alto impacto alrededor del predio fue acreditada.

Dijo que, por tanto, la restricción para desarrollar los usos de vivienda, en vigencia del Acuerdo 6 de 1990, sí le era aplicable al predio, y fue mediante la expedición del Decreto Distrital 327 de 2004 que se permitió la actividad múltiple con combinación libre de usos de vivienda, comercio y servicios, industria y dotacionales en el predio.

De otra parte, señaló que el estudio comparativo efectuado por el perito arquitecto, aportado con la demanda, contenía conclusiones erradas, pues partió de suponer que el uso de vivienda no estaba restringido.

Que lo mismo ocurría frente a las conclusiones relacionadas con el potencial edificatorio del predio calculado por el perito, pues fue determinado a partir del índice básico, contrario a lo previsto en la norma urbanística, para poner en evidencia una aparente reducción del área construida autorizada.

Concluyó que, en todo caso, el estudio técnico comparativo de norma efectuado por el Distrito Capital estima que de acuerdo con las normas volumétricas, en vigencia del Acuerdo 6 de 1990, se permitía un área total construida en uso industrial de 252.787,50 m², que comparadas con las que permite el Decreto Distrital 327 de 2004 para vivienda, genera un aumento del área construida a 377.834,46 m².

4. Sobre la nulidad de los actos demandados por liquidar la participación en plusvalía con fundamento en el índice máximo de construcción

Sostuvo que la Ley 388 de 1997 no distingue entre índices básicos y máximos para establecer el efecto plusvalía. Sino que se refiere al potencial de edificación del predio, es decir, a la posibilidad de ser desarrollado urbanísticamente de la forma más provechosa.

Advirtió que la Ley 388 establece que el cálculo y la liquidación del efecto plusvalía se realiza a partir del potencial edificable, y que por tal debe entenderse el máximo permitido, independientemente de si este es usado o no y de la asunción de cargas urbanísticas adicionales para tener derecho a la ocupación máxima.

Señaló que cuando la ley se refiere al potencial adicional, debe entenderse que se refiere al máximo que permita el POT y los instrumentos de

planificación que lo complementan, pues no tendría sentido que se calculara la plusvalía sobre el índice básico de construcción, cuando la norma hace posible un mayor aprovechamiento que incrementa el valor del metro cuadrado con la sola posibilidad de aumentar el índice de construcción, incluso, sin que se haga uso de él.

Sentencia apelada

Mediante sentencia del 12 de marzo de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda con fundamento en las consideraciones que a continuación se reseñan:

En relación con la causal de nulidad de los actos demandados por falsa motivación, por señalar que el hecho generador de la participación en plusvalía fue la expedición de la licencia urbanística, el tribunal dijo que ese alegato era infundado, porque revisadas las normas aplicables al caso y los hechos acreditados, se demostró la expedición de una norma (Decreto 327 de 2004) constitutiva de una acción urbanística que configuró el hecho generador del tributo.

Advirtió que si bien en los actos acusados se indicó que con la licencia urbanística se produjo el hecho generador de la participación en plusvalía, esa imprecisión no era suficiente para anular los actos demandados por falsa motivación, porque, en realidad, se refirió a la exigibilidad del tributo, mas no a la causación.

2. Frente a la falsa motivación, sustentada en que la expedición del Decreto 327 de 2004 no constituyó hecho generador de la participación en plusvalía, el tribunal dijo que esa norma revestía las características de una acción urbanística generadora de la participación en plusvalía.

Que, en el caso concreto, el hecho generador del tributo se configuró tanto por la modificación en el régimen de uso del suelo, como por el mayor aprovechamiento del suelo en edificación.

En relación con el cambio en el uso del suelo, dijo que, como lo informa el estudio técnico comparativo de norma en el que se sustentan los actos administrativos demandados, el Decreto 327 de 2004 suprimió la restricción para el uso de vivienda prevista en el Acuerdo 6 de 1990.

Que, en consecuencia, no era necesario, como la demandante lo pretende, verificar si en las inmediaciones del predio existían industrias clase III que limitaran el uso de vivienda reconocido por el Acuerdo 6 de 1990 pues, para lo que a los efectos de la participación en plusvalía interesa, basta con que se compruebe el cambio en el régimen de uso del suelo, evento que tuvo lugar con el del Decreto 327 de 2004.

En relación con el incremento de la edificabilidad del predio, dijo que ese aumento resultaba de la aplicación del índice máximo de edificabilidad establecido en el Plan de Ordenamiento Territorial, que era el que correspondía, según lo previsto en el artículo 5 del Decreto 20 de 2011, y no el índice básico de edificabilidad, como lo pretende la demandante.

3. Sobre la causal de nulidad por violación de las normas en las que debía fundarse, el tribunal dijo el Decreto 327 de 2007 establece la posibilidad de aumentar la edificabilidad de un predio por encima del índice básico de construcción, caso en el que se deben asumir las cesiones adicionales del caso. Que para el cálculo de la participación en plusvalía, según lo dispone el Decreto 20 de 2011, se toma como base el máximo de edificabilidad.

Señaló que el régimen de cargas y beneficios es un instrumento de planificación urbana que no es incompatible con la participación en plusvalía.

Recurso de apelación

La demandante apeló la sentencia.

Para sustentar el recurso, manifestó, en síntesis, que el tribunal desconoció que la expedición del Decreto 324 de 2004 no constituyó un hecho de la participación en plusvalía, porque no permitió usos más rentables que los permitidos por el Acuerdo 6 de 1990.

Lo anterior, en razón a que el Decreto 324 de 2004 no fijó usos distintos a los autorizados por el Acuerdo 6 de 1990, y porque, además, el reglamento de 2004 no aumentó el potencial edificatorio del predio.

También señaló que el tribunal desconoció el principio de equidad tributaria y la prohibición de la doble tributación, al tomar como base de cálculo del potencial edificatorio el índice máximo de construcción. De

igual forma, dijo que incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico por no valorar la totalidad de las pruebas aportadas.

1. El tribunal interpretó erróneamente las disposiciones sobre los usos permitidos para el predio en vigencia del Acuerdo 6 de 1990

Señaló que el artículo 62 del Decreto Distrital 737 de 1993, reglamentario del Acuerdo 6 de 1990, permitía al predio el desarrollo de usos de vivienda, comercio o servicios, institucional e industria, es decir, los mismos usos permitidos por el Decreto Distrital 327 de 2004.

Insistió en que en el proceso estaba probado que no existía ninguna restricción o condicionamiento para el desarrollo de vivienda bajo las normas del Acuerdo 6 de 1990, pues, contrario a lo que el Distrito Capital sostiene, no existían industrias tipo III en cercanías del predio que dieran lugar a limitaciones en el uso.

Advirtió que el tribunal no valoró las pruebas que acreditaban que, en vigencia del Acuerdo 6 de 1990, no existían restricciones para el uso de vivienda. Que, en esas circunstancias, en la sentencia apelada se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico.

En concreto, dijo que el tribunal no valoró el Memorando 3-2012-02702 del 16 de marzo de 2012 proferido por la Secretaría Distrital de Planeación; el Oficio 2012EE058308 del 7 de mayo de 2012, proferido por la Secretaría Distrital de Ambiente, y el Oficio 2-2012-30753 del 25 de julio de 2012, proferido por la Secretaría Distrital de Planeación.

Advirtió que, contrario a lo afirmado por el tribunal, la sola supresión de la restricción para el desarrollo de uso de vivienda no constituye hecho generador de la participación en plusvalía, pues del artículo 74 de la Ley 388 de 1997 se desprende que la causación del tributo tiene lugar cuando es posible destinar el inmueble a un uso más rentable, sin importar que antes de la acción urbanística las posibilidades de desarrollo estuvieran condicionados.

2. El Decreto 327 de 2004 no incrementó el potencial edificatorio de predio

Dijo que, conforme fue expuesto en la demanda, al tribunal le correspondía resolver si el Decreto 327 de 2004 aumentó el potencial edificatorio del predio, pero que, en lugar de esto, se limitó a establecer si el cálculo de ese potencial debía hacerse a partir del índice básico o máximo de construcción.

Señaló que mediante el dictamen pericial se demostró que el Decreto 327 de 2004 no aumentó el potencial edificatorio del predio. Que, por el contrario, lo disminuyó en relación con lo regulado en el Acuerdo 6 de 1990, aún si se tuviera como rasero el índice máximo de construcción permitido para el uso de vivienda.

Agregó que la Secretaría Distrital de Planeación, mediante el Memorando del 29 de junio de 2012, advirtió sobre la necesidad de tener en cuenta los costos que genera la asunción de cargas generales para acceder al índice máximo de construcción, y que en el mismo sentido se pronunció la Dirección de Economía Urbana en el Memorando 3-2012-06449 del 27 de julio de 2012.

Con fundamento en lo anterior, sostuvo que el tribunal dejó de valorar pruebas debidamente aportadas, y que, por esa razón, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico.

3. El tribunal desconoció el principio de equidad tributaria y la prohibición de la doble tributación, al aceptar tomar como base de cálculo del potencial edificatorio el índice máximo de construcción.

Sostuvo que el hecho de imponer el pago de la participación en plusvalía al beneficio que resulta de la asunción de cargas adicionales para obtener mayor edificabilidad supone un tratamiento desigual y desproporcionado que genera un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas que les corresponde asumir a todos los ciudadanos.

Dijo que el cobrar la participación en plusvalía sobre la edificabilidad adicional, lo estaba condicionado a efectuar cesiones adicionales, configura un doble pago sobre la misma carga general y, con esto, un desconocimiento del artículo 338 de la Constitución Política y de la prohibición de doble tributación.

4. El tribunal incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico.

Por último, manifestó que el tribunal omitió valorar las pruebas que debían servirle de fundamento para decidir, a saber: el dictamen pericial, el Memorando 3-2012-02702 del 16 de marzo de 2012, proferido por la Secretaría Distrital de Planeación; el Oficio 2012EE058308 del 7 de mayo de 2012, proferido por la Secretaría Distrital de Ambiente; el Oficio 2-2012-30753 del 25 de julio de 2012, proferido por la Secretaría Distrital de Planeación; el Memorando del 29 de junio de 2012, también proferido por la Secretaría Distrital de Planeación, y, el Memorando 3-2012-06449 del 27 de julio de 2012 de la Dirección de Economía Urbana.

Alegatos de conclusión

La demandante reiteró los argumentos del escrito de apelación.

El Distritito Capital insistió los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia.

Sostuvo que pese a que la demandante alega que con el Decreto 327 de 2004 no se eliminó una restricción que automáticamente generara la plusvalía, lo cierto era que esa norma incrementó el aprovechamiento del suelo, permitió una mayor área edificable y autorizó un mayor aprovechamiento del suelo en edificación. Que, por esa razón, el referido decreto era una decisión administrativa que constituía hecho generador de la participación en plusvalía, en los términos del artículo 74 de la Ley 388 de 1997.

Advirtió que no se violó el derecho al debido proceso, en tanto que las pruebas que la demandante alega que fueron desconocidas, pretenden demostrar que no existió la restricción a la que se refería el Acuerdo 6 de 1990 y el Decreto 737 de 1993, lo que no puede ser materia de discusión, pues fue establecida por la norma que constituye una acción urbanística, cuya legalidad no fue desvirtuada.

Señaló que el tribunal no incurrió en vía de hecho por falta de valoración del dictamen pericial, y que, por el contrario, determinó que ese estudio no se ajustaba a la realidad, porque parte de usos edificables que no eran permitidos al predio en vigencia del Acuerdo 6 de 1990 y porque aplicó el índice básico de edificabilidad.

De otra parte, dijo que el artículo 5 del Decreto 20 establece que para efectos del cálculo de la plusvalía se deben tener en cuenta los aprovechamientos potenciales máximos permitidos, y que estos fueron tenidos en cuenta para el cálculo del tributo.

Por último, dijo que la demandante confunde el hecho generador de la participación en plusvalía con el reparto de cargas y beneficios a que hace alusión el Decreto 327 y, específicamente, con las condiciones a que se refiere el artículo 44 para obtener una edificabilidad adicional.

Para el Ministerio Público un aspecto es el tributo que se genera por el establecimiento de un mayor aprovechamiento del suelo y transferencia de derechos de construcción, y otro muy distinto las cargas consistentes en cesiones del suelo y transferencia de derechos de construcción exigidos por la ley para autorizar construcciones adicionales por encima del índice básico.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Constructora Colpatria SA contra la sentencia del 12 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra la Resolución 1104 del 22 de agosto de 2011 y su confirmatoria la Resolución 1240 del 18 de octubre de 2012, por medio de las que la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá determinó la participación en plusvalía para el predio identificado con matrícula inmobiliaria 50S-40523003.

Conforme se alega en la apelación, la Sala decidirá si los actos acusados son nulos por falsa motivación y por violación de normas superiores. Por falsa motivación, en tanto que el Decreto Distrital 327 de 2004 no

permitió el desarrollo de usos más rentables a los permitidos en el Acuerdo 6 de 1990 y porque no aumentó el potencial edificatorio del inmueble. Y por violación a las normas superiores, al tener como base para calcular el potencial edificatorio del inmueble el índice máximo y no el básico de construcción.

De la nulidad por falsa motivación. Causación de la participación en plusvalía con la expedición del Decreto 324 de 2004

La demandante señala que los actos administrativos demandados son nulos por estar falsamente motivados, porque, a su juicio, el Decreto 324 de 2004 no constituyó el hecho generador de la participación en plusvalía, ya que no permitió usos más rentables que los permitidos por el Acuerdo 6 de 1990 y porque no aumentó el potencial edificatorio del predio.

Según alega, el Decreto 327 de 2004 no estableció usos más rentables, distintos a los previstos en el Acuerdo 6 de 1990, y que, contrario a lo señalado en los actos demandados, en vigencia del Acuerdo 6 1990 el uso de vivienda no estaba limitado, pues según estaba demostrado, en las inmediaciones del predio no existían industrias que restringieran el desarrollo de ese uso.

De igual forma, alega que el Decreto 327 de 2004 no aumentó el potencial de edificabilidad del predio frente a lo regulado en el Acuerdo 6 de 1990, pues no incrementó los índices de ocupación y de construcción, y que, por el contrario, los disminuyó, como fue demostrado en el dictamen que solicitó tener como prueba.

Para el Distrito Capital, con la expedición del Decreto 327 de 2004 se produjo el hecho generador de la participación en plusvalía, porque esa disposición eliminó la restricción para desarrollar el uso de vivienda prevista en el Acuerdo 6 de 1990, es decir que hubo lugar a un cambio en el régimen de usos del suelo.

Asimismo, sostiene que las conclusiones del dictamen son incorrectas, porque parten de usos que no estaban permitidos en vigencia del Acuerdo 6 de 1990 –vivienda– y porque, además, para el cálculo del potencial de edificación fue aplicado el índice básico de edificabilidad cuando lo procedente era hacerlo a partir del índice máximo.

De conformidad con el artículo 82 de la Constitución, la participación en plusvalía es el derecho que tienen las entidades públicas a participar en el mayor valor que generen las acciones urbanísticas.

La Ley 388 de 1997 estableció el marco general del desarrollo territorial en los municipios y distritos del país, y en el capítulo noveno reguló la participación en la plusvalía.

El artículo 74 de la ley referida señala como hecho generador de la participación en plusvalía las decisiones administrativas constitutivas de acciones urbanísticas que autoricen destinar el inmueble a un uso más rentable o incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada.

Por su parte, el artículo 8º Ley 388 establece que son decisiones urbanísticas, entre otras: (i) clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana; (ii) establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas; (iii) calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social y (iv) determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas.

Con fundamento en las disposiciones normativas antes referidas, la Sala, en la sentencia del 5 de diciembre de 2011, expediente 16532, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, consideró que la plusvalía es el tributo que pueden cobrar los municipios o distritos a los propietarios o poseedores de bienes inmuebles ubicados en su jurisdicción, como consecuencia de una actuación administrativa constitutiva de una acción urbanística relacionada con: (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 la modificación del régimen o zona del uso del suelo y (iii) la autorización de un mayor aprovechamiento del suelo por una edificación, bien sea por elevar el índice de ocupación o el índice de construcción, o los dos

En el caso de Bogotá, la participación en plusvalía fue adoptada mediante el Acuerdo 118 de 2003 (Modificado por el artículo 13 del Acuerdo Distrital 352 de 2008), que, en el artículo 3, estableció como hecho generador del tributo las acciones urbanísticas consistentes en las autorizaciones específicas, ya sea para destinar el inmueble a un uso más rentable o para incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, de acuerdo con lo establecido en el POT, en los siguientes casos:

(i) La incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana; (ii) establecimiento o modificación del régimen o la zonificación de usos del suelo; (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 y, (iv) cuando se ejecuten obras públicas consideradas de macroproyectos de infraestructura previstas en el POT y/o en los instrumentos que lo desarrollen, y no se haya utilizado para su financiación la contribución de valorización.

El parágrafo primero de artículo 3 del Acuerdo 118 de 2003 también establece que en el Plan de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que lo desarrollen, se deben especificar y delimitar las zonas o subzonas beneficiarias de una o varias de las acciones urbanísticas, que deben ser tenidas en cuenta, sea en conjunto o cada una por separado, para determinar el efecto de la plusvalía.

Para resolver la causal de nulidad que se le imputa a los actos demandados, la Sala pone de presente que en el expediente se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- (i) Constructora Colpatria SA es propietaria del inmueble con matrícula inmobiliaria 50S-40523003, ubicado en la Calle 52C Sur No. 51-70 de Bogotá. (Fol. 4 CAA).
- (ii) El 25 de marzo de 2009, Constructora Colpatria SA solicitó a la Curadora Urbana 4 de Bogotá licencia de urbanismo para desarrollar, en el predio referido en el numeral anterior, un proyecto urbanístico al que denominó Reserva de Madelena (Fols. 2 y 3 CAA).
- (iii) El 29 de marzo de 2009, la Curadora Urbana 4 de Bogotá le solicitó a la Secretaría de Distrital de Planeación de Bogotá calcular el efecto plusvalía para el predio con matrícula inmobiliaria 50S-40523003.
- (iv) El 3 de agosto de 2009, mediante la Resolución RES 09-4-1155, la Curadora Urbana 4 de Bogotá aprobó el proyecto urbanístico denominado Reserva de Madelena. (Fols. 103 a 131).
- (v) El 28 de junio de 2010, mediante memorando 3-2010-08102, el subsecretario de Planeación Territorial de la Secretaría de Distrital

de Planeación de Bogotá emitió el estudio técnico comparativo de norma, en el que señaló que sobre el predio con matrícula inmobiliaria 50S-40523003 se había generado el efecto plusvalía, tanto por el cambio en el régimen y zonificación de usos del suelo como por el incremento en el aprovechamiento del suelo en área edificada. (Fol. 12 a 16 CAA).

- (vi) El 28 de junio de 2010, como requisito previo a la expedición de la licencia de urbanismo, Constructora Colpatria SA pagó la suma de \$788.319.000, por concepto de participación en plusvalía. Realizó, además, dos pagos por \$1.290.055.000 (Fol. 169 a 173).
- (vii) El 21 de enero de 2011, mediante el oficio 2011EE770, la Unidad Administrativa de Catastro Distrital determinó el monto de la participación plusvalía sobre el área bruta del predio por metro cuadrado en \$35.957,15 (Fols. 47y 48 CAA).
- (viii) El 22 de agosto de 2011, mediante la Resolución 1104, la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá determinó el efecto plusvalía por metro cuadrado para el predio en de \$35.957,15. (Fols. 64 a 66).
- (ix) El 29 de noviembre de 2011, Constructora Colpatria SA interpuso recurso de reposición contra la Resolución 1104 del 22 de agosto de 2011 (Fols. 69 a 94 CAA).
- (x) El 8 de octubre de 2012, mediante la Resolución 1240, la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá confirmó la Resolución 1104 del 22 de agosto de 2011. (Fol. 124 a 132 CAA).

La Sala advierte que los actos administrativos demandados tienen sustento en el memorando 3-2010-08102 del 28 de junio de 2010, mediante el que el subsecretario de Planeación Territorial de la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá emitió el estudio técnico comparativo de norma. En el memorando referido se señala:

Para considerar, si en los predios de la referencia se configura algún hecho generador de plusvalía, el cálculo comparativo de norma aplicable al predio parte de la base normativa descrita a continuación:

Acuerdo 6 de 1990	POT Decretos 190 de 2004 y 327 de 2004
Clasificación del suelo: Urbano Plancha 39	Clasificación del suelo: Urbano
Usos y tratamientos Acuerdo 6 de 1990 D--ZID-A-1 Decreto 736/93 Tratamiento de Desarrollo, Área de Actividad Industrial Autoregurable 1	Usos y tratamientos POT y UPZ UPZ ARBORIZADORA Decreto 421 de 2005 Sector normativo 4, Tratamiento de Desarrollo Área urbana integral múltiple

(...)

Normas de desarrollo por Construcción – Usos permitidos	
<p>Principal: Industriales (Clase 1-A) al interior de la subzona sobre vías vehiculares mayores o iguales a 15mts. En desarrollo urbanístico industrial por sistema de loteo agrupación en predios con área útil máxima de 2.000 m².</p> <p>Complementarios: Comercio local (I-A y I-B), Institucional local (Clase I) con área hasta de 2.000 m² sin sobrepasar 2.000 m² de construcción, exclusivamente para el desarrollo de actividades o establecimientos de cobertura local.</p> <p>Compatibles: La Secretaría de Ambiente considera a las Industrias de curtiembres tales como El Cóndor, Tequendama, Española de Curtidos, aledañas por el costado sur, como industrias del alto impacto (Clase III) con emisiones contaminantes, las cuales se encuentran en el ámbito de 1 kilómetro de distancia de la totalidad del predio objeto de estudio, razón por la que no aplica el uso de vivienda por las condiciones establecidas para esta clase de usos, numeral 1 de artículo 62 del Decreto 737 de 1993.</p>	<p>Área de actividad múltiple: Combinación libre de usos de vivienda, comercio y servicio, industria y dotacionales. (Con el cumplimiento de las condiciones del cuadro anexo No. 2 Decreto Distrital 327 de 2004)</p> <p>Principal: Vivienda.</p> <p>Complementarios: Equipamientos colectivos y recreativos de escala zonal y vecinal, servicios urbanos básicos de escala zonal, servicios personales y comercio de escala zonal y vecinal, servicios empresariales de escala urbana, zonal y metropolitana y servicios. (Condiciones: todos con frente a las vías de malla vial local vehicular con sección igual o superior a 13 mts. El comercio y servicios profesionales de escala vecinal en los locales del primer piso de edificaciones destinadas a otros usos sin superar 500 mts m² de construcción, o en establecimientos de comercio zonal. El comercio zonal en edificaciones diseñadas y construidas para el uso,</p>

	<p>sin superar 2000 m² de construcción o manzanas comerciales de hasta 2.000 m² de construcción.</p> <p>Restringidos: Equipamientos colectivos y recreativos de escala urbana y metropolitana, servicios urbanos básicos escala urbana y metropolitana (mediante plan de implantación), servicios automotrices, comercio pesado e industria. (Condiciones: todos con frente vehicular con sección igual o superior 18 mts. (La industria requiere concepto del DAMA y de la DPAE). Los servicios empresariales y personales de escala urbana requieren su conformación en áreas con 1,5 Hectáreas netas urbanizables.</p>
--	--

ESTUDIO TÉCNICO COMPARATIVO DE NORMA

a. Cambio en el régimen y zonificación de uso del suelo

En cuanto a la asignación de usos más rentables y con base en la definición de las zonas con efecto plusvalía con asignación de nueva área de actividad establecidas en el artículo 434 del Decreto 190 de 2004, para la totalidad de la Urbanización Reserva de Madelena, comprendida dentro de los límites del predio 50S-40523003, sí se presenta beneficio normativo por el cambio en el régimen y zonificación de usos de suelo, al pasar de un área de actividad Industrial en Acuerdo 6 de 1990 a Área Urbana integral Múltiple en el POT Decreto 190 de 2004.

b. Incremento en el aprovechamiento del suelo del área edificada

El cálculo comparativo de norma arroja que para la totalidad del desarrollo de la Urbanización Reserva de Madelena, dentro de la cual se inscribe el predio con matrícula inmobiliaria 50S-4052300, sí se presenta incremento en la edificabilidad, entre el área construida estimada en uso industrial al aplicar las normas del Acuerdo 6 de 1990, y el área construida al aplicar las normas del POT Decreto Distrital 190 de 2004 y el Decreto Distrital 327 de 2004.

c. Aprovechamiento del suelo en área edificada

El cálculo sobre el potencial de edificabilidad se hace teniendo en cuenta el máximo aprovechamiento autorizado por el POT y las condiciones de reparto de cargas y beneficios reglamentado en el Decreto 327 de 2004.

(...)

De lo transcrito se advierte que, a juicio del Distrito Capital, la acción urbanística que dio lugar a la configuración del hecho generador de la participación en plusvalía fue la expedición del Decreto 327 de 2004, en tanto que, de una parte, modificó del régimen del uso del suelo, al pasar de un área de actividad industrial a un área de actividad integral múltiple, y de otra porque autorizó un mayor aprovechamiento del suelo en edificación.

La Sala procede, en primer lugar, a determinar si con la expedición del Decreto 327 de 2004, en efecto, hubo lugar a un cambio en el régimen de zonificación de usos del suelo, como lo sostiene el Distrito Capital en los actos demandados.

El Acuerdo 6 de 1990, mediante el que se adoptó el Estatuto para el Ordenamiento Físico de Bogotá, definió las políticas para el desarrollo urbano y estableció la reglamentación urbanística para ordenar el cambio y el crecimiento físico de la ciudad y del espacio público. Este Acuerdo fue reglamentado, entre otros, por el Decreto 737 de 1993.

El artículo 61 del Decreto 737 de 1993, «por el cual se asigna y reglamenta el Tratamiento General de Desarrollo en las Áreas Urbanas de Santa Fe de Bogotá», clasificó la subzona D-ZID-A-1 (en la que se ubicaba el predio objeto de la controversia) en el tratamiento de desarrollo –zona industrial densidad autoregulable, así:

<i>Tratamiento urbanístico</i>	<i>Desarrollo</i>
<i>Área de actividad</i>	<i>Industrial</i>
<i>Tipología de tratamiento de desarrollo</i>	<i>Autorregulable I</i>

La norma, además, autorizó desarrollar en la subzona D-ZID-A-1 los siguientes usos:

<i>PRINCIPALES:</i>	<i>a. Industria (Clase I-A)</i>
	<i>a. Industria (Clase I-B)</i>
	<i>a. Industria (Clase II-A)</i>
<i>COMPLEMENTARIOS:</i>	<i>Comercio de cobertura local (Clases I-A y I-B), Institucional de influencia local (Clase I)</i>
	<i>Comercio de cobertura metropolitana (Clases III-A, III-B y III-C).</i>
<i>COMPATIBLES:</i>	<i>a. Vivienda. En desarrollo urbanístico residencial por sistema de agrupación únicamente, convenientemente aislada a una distancia mínima de un (1) kilómetro, contabilizado a</i>

	<p><i>partir de la fuente o fuentes de emisión contaminante de las industrias Clase III existentes, con la sola excepción de los sectores descritos en el parágrafo del presente artículo, en los cuales se excluye la posibilidad de adelantar este uso.</i></p> <p><i>Como parte de un desarrollo institucional sin posibilidad de generar lotes independientes para el uso de vivienda.</i></p> <p><i>Vivienda del celador en desarrollos comerciales zonales y metropolitanos. El Decreto 619 de 2000 derogó Acuerdo 6 de 1990.</i></p>
--	---

Las industrias clase III a las que se refiere la norma transcrita, según el artículo 307 del Acuerdo 6 de 1990, son aquellas que debido al alto impacto ambiental y urbanístico tienen restricciones de localización.

El Acuerdo 6 de 1990 fue derogado por el Decreto 619 de 2000, «*Por el cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial para Santa Fe de Bogotá*», luego compilado en el Decreto 190 de 2004, «*Por el cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial para Santa Fe de Bogotá*».

El artículo 468 del Decreto 619 de 2000 señaló que de conformidad con las decisiones adoptadas en esa norma, y con base en lo dispuesto por la Ley 388 de 1997, las zonas con efecto plusvalía en el Distrito Capital son aquellas cuyo aprovechamiento ha sido incrementado, ya sea por efecto del cambio en la clasificación del suelo, por cambio en la asignación de área de actividad con usos más rentables o por la asignación de una mayor edificabilidad.

Más adelante, al definir las zonas con efecto plusvalía por asignación de nueva área de actividad, el artículo 470 del Decreto 619 de 2000, señaló:

Corresponde a las zonas que en el presente plan se les asigna un área de actividad que genera usos más rentables con respecto de aquellas establecidas por el Acuerdo 6 de 1990 y sus normas reglamentarias. En el presente Plan de Ordenamiento, las áreas de actividad con mayor aprovechamiento son las relacionadas en la siguiente tabla:

AREAS DE ACTIVIDAD DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE MAYOR APROVECHAMIENTO	AREA DE ACTIVIDAD DEL ACUERDO 6 DE 1990
<i>Comercio y servicios</i>	<i>Residencial especial</i>
<i>Servicios empresariales</i>	<i>Residencial general grupos 01-02-03</i>

<i>Servicios empresariales e industriales</i>	<i>Actividad Múltiple grupo 01</i>
<i>Comercio cualificado</i>	<i>Industrial</i>
<i>Comercio aglomerado</i>	
<i>Comercio pesado</i>	
<i>Grandes superficies comerciales</i>	
<i>Área urbana integral residencial</i>	<i>Residencial especial</i>
	<i>Residencial general grupo 01</i>
	<i>Actividad Múltiple grupo 01</i>
	<i>Industrial</i>
<i>Área urbana integral múltiple</i>	<i>Residencial especial</i>
	<i>Residencial general grupo 01-02-03</i>
	<i>Actividad Múltiple grupo 01</i>
	<i>Industrial</i>

De acuerdo con lo anterior, como de manera expresa lo advierte el artículo 469 del Decreto 619 de 2000, y como consecuencia de las acciones urbanísticas adoptadas por el Plan de Ordenamiento Territorial, sobre los predios ubicados en el área urbana integral múltiple se generó un efecto plusvalía por la asignación de usos más rentables con respecto de los establecidos por el Acuerdo 6 de 1990.

Sin embargo, el artículo 515 del Decreto 619 de 2000 estableció un régimen de transición y previó que «*las normas sobre usos y tratamientos, contenidas en el Acuerdo 6 de 1990 y sus decretos reglamentarios, se continuarán aplicando hasta tanto se expida la reglamentación del presente Plan*».

Y fue con ocasión de la expedición del Decreto 327 de 2004, «*Por el cual se reglamenta el Tratamiento de Desarrollo Urbanístico en el Distrito Capital*», que el Decreto 619 de 2000 fue reglamentado. De esa manera, el artículo 32 *ibídem*, al definir los usos aplicables a los predios sujetos al tratamiento de desarrollo, dispuso:

Los predios sometidos al tratamiento de desarrollo se regirán por las normas de uso correspondientes al área de actividad y a las zonas asignadas por el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, con las precisiones definidas en la ficha reglamentaria de la UPZ correspondiente o plan parcial; mientras se expida la UPZ, o en los casos en que la misma no haya definido usos, los predios que no estén sujetos a plan parcial, se regirán por las disposiciones generales contempladas en el Decreto Distrital 190 de 2004 y las consignadas en el Cuadro Anexo N° 2 del presente decreto.

De igual forma, el artículo 46 del Decreto 327 de 2004 dispuso que «*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.*»

El artículo 338 del Decreto 619 de 2000, al definir el área urbana integral señala que es «*es la que designa un suelo urbano y/o de expansión para proyectos urbanísticos de planeación unitaria que combinen armónicamente zonas de vivienda, zonas de comercio y servicios, zonas de industria y zonas dotacionales, en concordancia con el modelo de ordenamiento territorial previsto para las diferentes piezas. Requiere para su desarrollo de un Plan Parcial.*»

ÁREA DE ACTIVIDAD	ZONA	APLICACIÓN
URBANA INTEGRAL	Residencial	Zonas caracterizadas por el uso de vivienda y actividades complementarias. Los usos diferentes de la vivienda no podrán superar el 25 % del área útil del plan parcial
	Múltiple	Zonas en las que se permiten una combinación libre de vivienda, comercio y servicios, industria y dotacionales. (Se resalta).
	Industrial y de servicios	Zonas para centros de negocios, oficinas de escala metropolitana, e industrias con baja ocupación.

Por último, el Decreto 241 de 2005, «*por el cual se reglamenta la Unidad de Planeamiento Zonal (UPZ) N° 65, Arborizadora, ubicada en la Localidad de Ciudad Bolívar*», clasificó el predio en el área de actividad urbana integral múltiple.

En ese orden, la Sala considera que, si bien es cierto que el Acuerdo 619 de 2000 derogó el Acuerdo 6 de 1990, fue con la expedición del Decreto 327 de 2004, y en aplicación del régimen de transición del Plan de Ordenamiento Territorial de 2000, que fue suprimida la restricción para el desarrollo del uso compatible de vivienda prevista en el Decreto 737 de 1993, reglamentario del Acuerdo 6 de 1990.

En consecuencia, el Decreto 327 de 2004 constituye la actuación urbanística generadora de la participación en plusvalía objeto de discusión, porque fue mediante esa disposición que se hizo efectivo el cambio en el régimen de zonificación adoptada por el Decreto 619 de 2000 que, como se advirtió, dio lugar a que el predio pasara de estar ubicado en un área de uso industrial a hacer parte de un área urbana de uso integral múltiple.

En ese sentido, la Sala advierte que, para efectos de causación de la participación en plusvalía por el cambio en el régimen de zonificación, no era determinante establecer la existencia de industrias clase III en las inmediaciones del predio, que limitara el

desarrollo del uso de vivienda, pues se trata de presupuestos diferentes que en uno u otro caso dan lugar al nacimiento de la obligación tributaria.

Según se expuso, la demandante alega que el Decreto 327 de 2004 no incrementó el potencial edificatorio. Para sustentar lo anterior, se remite al dictamen pericial *–informe comparativo de norma del Acuerdo 6 de 1990 y Decreto 327 de 2004–* aportado con la demanda y que solicita tener como prueba (Fol. 174 al 214). El dictamen concluye *que «como se desprende del análisis realizado, las dos normas permitían el uso de vivienda y la norma del decreto 327 es mucho más restrictiva que la norma del acuerdo 6 en términos de edificabilidad»*.

La Sala considera que no le asiste la razón a la demandante porque, contrario a lo que se señala en el dictamen, en vigencia del Acuerdo 6 de 1990 el uso de vivienda en el predio estaba restringido.

Lo anterior por cuanto, según se advirtió, el Decreto 373 de 1993 preveía una limitación para el uso de vivienda en el polígono en el que el inmueble estaba ubicado. De igual forma, porque para calcular el potencial edificatorio el dictamen partió del índice básico de edificación, cuando, según se explica más adelante, se debe tener en cuenta es el índice máximo.

De conformidad con lo anterior, la Sala considera que con la expedición del Decreto 327 de 2004 el predio tuvo un incremento en la edificabilidad, lo que no fue desacreditado por la demandante.

Nulidad por violación artículo 8 de la Ley 387 de 1997

Según la demandante, los actos atacados son nulos por violación al artículo 8 de la Ley 387 de 1997, porque calcularon el potencial edificatorio del predio a partir del índice máximo de construcción previsto en el Decreto 327 de 2004, lo que está proscrito por el principio de reparto de cargas y beneficios previsto en la Ley 388 de 1997. En tanto que la obtención de un índice de construcción adicional al básico está condicionada a la asunción de cargas generales que dependen de la voluntad del particular.

La Sala considera que 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 o un mayor aprovechamiento del suelo.

El artículo 3 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»*, 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»*.

En los mismos términos, el artículo 5 del Decreto 20 de 2011, *«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»*, dispone 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, 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.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que fue voluntad del legislador que la *«autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación»*, al elevar el índice de construcción, generara plusvalía, pues 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.

Para determinar el efecto plusvalía sobre un terreno, el legislador no estableció que el índice de edificabilidad para 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 de la Ley 388), 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.

Es por esa razón que la Sala considera que 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, conclusión que guarda coherencia con la definición de índice de construcción del el literal e) del artículo 1 del Decreto Nacional 1788 de 2004, según el cual, *«es el número máximo 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»*.

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, conclusión que difiere de la interpretación de las normas citadas y desconoce que uno de los hechos generadores 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.

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 Plan de Ordenamiento Territorial o con los instrumentos que lo desarrollen.

Por todo lo anterior, la Sala considera que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que están investidos los actos administrativos demandados. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada, en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

Por último, con relación a la condena en costas, el artículo 188 del CPACA determina que la liquidación y ejecución de la eventual condena en costas se regirá por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. Por su parte, la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo que:

Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el caso concreto, no aparece ningún elemento de prueba que justifique la imposición en esta instancia de las costas solicitadas. En consecuencia,

no existe fundamento para su imposición.

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

FALLA:

CONFIRMAR la sentencia del 12 de marzo de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la Constructora Colpatria S.A. contra la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen y cúmplase.

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

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ