

¿EL PROCEDIMIENTO DE PLUSVALÍA TRANSGREDE PRINCIPIOS

FUNDAMENTALES DE LA TRIBUTACIÓN COLOMBIANA?¹

¿THE CAPITAL GAIN PROCEDURE TRANSGREES FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF COLOMBIAN TAXATION?

Roxana Paola Barrios Salinas²

Resumen

El presente artículo de investigación pretende exponer algunos lineamientos contemplados en el capítulo IX de la Ley 388 de 1997 el cual establece la contribución de Plusvalía en Colombia; y su correlación con los Principios Fundamentales de la Tributación Colombiana; con el fin de determinar si dentro de este procedimiento se configuran situaciones que quebranten el fin único de estos principios, salvaguardar la seguridad jurídica; y determinar una posible solución que logre el cumplimiento del procedimiento de esta importante obligación tributaria, hoy denominada: “Instrumento de Financiación del Desarrollo Urbano”.

¹ El presente artículo de investigación es producto del proyecto de investigación “El procedimiento de plusvalía limita el derecho de propiedad y enriquece sin causa, una percepción desde el análisis económico del derecho” liderado por el docente Mauricio Antonio Torres Guarnizo, realizado en la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Sede Bogotá.

² Abogada; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá; Candidata a Magister en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Correo: rpaolabarrios@hotmail.com. Miembro del Grupo de Estudio en Derecho Económico de la Universidad Santo Tomás Sede Bogotá.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4670-7664>,

CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001654712

GOOGLE ACADEMICO:

https://scholar.google.es/citations?view_op=list_works&hl=es&user=JeLKiNcAAAAJ

Palabras Clave

Participación en Plusvalía, Principios, Contribución, Financiación, Tributación

Abstract

This research article intends to expose some guidelines contemplated in Chapter IX of Law 388 of 1997, which establishes the Participation of Goodwill in Colombia; and its correlation with the Fundamental Principles of Colombian Taxation; In order to determine if this procedure contains situations that violate the sole purpose of these principles, safeguard legal security; and determine a possible solution that achieves compliance with the procedure of this important tax obligation, today called: "Urban Development Financing Instrument".

Keywords

Participation of goodwill, Principles, Contribution, Taxation

Introducción

El artículo 1° de la Constitución define a Colombia como un Estado Social de Derecho en el que uno de sus fines esenciales es lograr el desarrollo del Estado de Bienestar, mediante la protección de derechos, la prevalencia de principios y la obligación de cumplir con ciertos deberes por parte de los individuos. Bien lo describe Ruiz (2015) al señalar que en Colombia la Constitución Política de 1991 recuerda que nos encontramos en un Estado fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad, la que se establece como deberes de la persona y del ciudadano «obrar conforme al principio de solidaridad» (Constitución Política, 1991. Art 1) y, «contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro del concepto de justicia y equidad» (Constitución Política, 1991, art 95).

Las interpretaciones de los principios que tutelan el sistema tributario en Colombia se deben enmarcar dentro del sentido de nuestra Carta Política de 1991, pensamiento encaminado por el concepto de justicia social en el que se entiende al ser humano como el eje central de la política social y económica del país, y que consiste en brindar seguridad, confianza e igualdad a todos sus conglomerados (Romero et al., 2013).

Así mismo, el sistema de economía social de mercado, adoptado por la Constitución Política de 1991, se organiza a partir de las llamadas libertades económicas, teniendo como base la responsabilidad individual y la exigencia de intervención del Estado en la economía de manera subsidiaria en pro de la solidaridad y la justicia social (Torres, 2021).

Así las cosas, Colombia, como un Estado Social de Derecho contempla la propiedad privada como una función social que contiene obligaciones, así que no puede admitirse que los incrementos en los precios de los terrenos privados constituyan una transferencia gratuita del Estado a unos agentes particulares o viceversa, pues siempre habrá una contraprestación en favor del interés general, la participación del Estado en la plusvalía, se ha previsto para que la sociedad recupere al menos una parte de estos aumentos de valor del suelo. Se trata de un asunto de equidad ciudadana que busca la reducción de las desigualdades sociales en los territorios y alcanzar mayores niveles de bienestar en la población (Garzón, 2019).

Como consecuencia de lo anterior, es claro que el ciudadano tiene el deber de contribuir al Estado de conformidad con el desarrollo constitucional antes expuesto y en consecuencia se activa el sistema tributario el cual tiene como objetivo atender las obligaciones públicas de inversión, para tal fin, es necesario coaccionar los diferentes pagos a favor del gobierno nacional, departamental o municipal, para así sostener uno de los principales instrumentos de intervención del estado, la política fiscal.

En este sentido, se justifica la necesidad del Estado de intervenir en la participación de plusvalía de aquellos predios que cumplan con el hecho generador, aunque en principio pretende el aumento del valor de la tierra a favor del propietario de manera paralela el Estado requiere de su participación en aras de cumplir intereses generales.

La contribución en plusvalía, es la obligación tributaria de los propietarios o poseedores de los inmuebles respecto de los cuales se ha dado un incremento en el precio del suelo, como resultado de acciones urbanísticas que modifican su utilización o incrementan su aprovechamiento. Entorno a que en los últimos años se viene presentando diferentes situaciones en el territorio colombiano, a consecuencia del artículo 82 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece lo siguiente:

Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común (Constitución Política, 1991, art 82).

Se puede determinar, que la plusvalía se convirtió en un mecanismo que fortalece los presupuestos municipales a través de sus hechos generadores los cuales tienen su fuente en las decisiones administrativas que configuran la acción urbanística y en cumplimiento de la Carta Magna, con el objetivo de financiar el desarrollo territorial del municipio. La normatividad en la materia está dada en Colombia desde el año 1997 con la Ley 388, ya que de allí surge la contribución de plusvalía como consecuencia de acciones urbanísticas que regulan la utilidad del suelo generando beneficios a las entidades públicas a participar en las plusvalías. Sin embargo, dentro de este procedimiento que se vive de manera regular dentro de las administraciones

municipales y distritales, se evidencia la ineficacia de la norma a tal punto de llegar a quebrantar principios propios de orden tributario, por tal motivo el presente trabajo construye el siguiente interrogante de investigación: ¿Como el procedimiento actual de participación en plusvalía transgrede los principios de la tributación colombiana?

Es por ello, que el objetivo general del presente documento, es determinar la manera en la cual procedimiento establecido en la Ley 388 de 1997 genera la violación a principios constitucionales de orden tributario. Para poder cumplir con el anterior propósito, se establecen como objetivos específicos, los siguientes; (i) estudiar el concepto y los elementos constitutivos de la Plusvalía; (ii) establecer los principios de orden tributario y su problemática en la aplicación de la normatividad actual en plusvalía; y finalmente, (iii) analizar posibles soluciones a las diferentes situaciones que violentan los principios de orden tributario.

Ahora bien, como posible respuesta a esta investigación, se considera que en términos generales el procedimiento actual por medio del cual se determina, se liquida y cobra la participación en Plusvalía pretende como resultados un enriquecimiento a favor del ente territorial, pues este se beneficia patrimonialmente de dineros a causa del quebrantamiento de principios del sistema tributario. No obstante, lo anterior, el fin de esta investigación es encontrar el punto de equilibrio justo que genere seguridad jurídica entre los entes territoriales y los particulares, como lograr identificar donde se encuentra la causa de peso de la violación de los principios que más adelante se estudiarán, lograr el desarrollo del Estado de Bienestar, mediante la protección de derechos, la prevalencia de principios y la obligación de cumplir con deberes, teniendo en cuenta que este tributo recauda gran cantidad de dinero al momento del cobro efectivo por parte de las entidades públicas, pero a la vez genera una limitación de derechos fundamentales a los sujetos pasivos de tributo.

Finalmente, la metodología dentro de esta investigación, se sustenta en los esquemas propios de un trabajo cualitativo, pues se presenta la valoración de variables que condicionan el problema asumido, diagnóstico y análisis concreto, y, conclusiones y/o resultados. Es así como en esta investigación se verificará el método documental mediante el análisis de textos, leyes, doctrina, jurisprudencia, casos y experiencias, regido por una visión hermenéutico-analítica.

Concepto y Elementos Esenciales de la Plusvalía en Colombia

En primera medida, es menester realizar un análisis claro del concepto de plusvalía, determinar el concepto de participación en plusvalía dentro del ordenamiento colombiano analizando sus elementos constitutivos, en especial, los hechos generadores, la base gravable y las tarifas que se derivan de esta obligación tributaria.

La plusvalía está definida etimológicamente como el “aumento del valor de un bien mueble o inmueble, por razones distintas al trabajo o a la actividad productiva de su propietario o poseedor” (Parra, 2007, p. 35). Frente a esta definición, podemos desprender que el aumento del valor que se genera en un predio, no se origina de la actividad productiva de su propietario. Se considera así, que el aumento del valor de un bien mueble o inmueble puede ocurrir por razones distintas al trabajo o a la actividad productiva de su propietario. Por ello, multitud de sistemas económicos a nivel internacional “consideran la plusvalía como algo otorgado por un tercero (en la mayoría de casos el Estado), que resulta en el aumento del valor del bien” (Pérez et al., 2014), creando una obligación por la cual su propietario debe pagar un tributo determinado.

La plusvalía se ha configurado “como un instrumento de gestión de los planes de ordenamiento territorial de los municipios, distritos y áreas metropolitana” (Barreto, 2003, p. 1), ligado al desarrollo urbano. La participación en plusvalías se basa en el derecho público y legítimo

de participar en la captación de los aumentos del valor de la tierra generados por acciones administrativas tales como cambios en zonificación o densidad, que pueden generar ganancias sustanciales para el propietario de la tierra. Es importante notar que este instrumento no es un impuesto ni tampoco una contribución o tarifa, sino más bien un derecho de la comunidad a "participar" en los beneficios resultantes de las funciones gubernamentales orientadas a mejorar el desarrollo urbano" (Barco & Smolka, s.f.).

La plusvalía corresponde al aumento del valor de un bien inmueble, por situaciones externas al trabajo propio, como, por ejemplo, en la construcción de vía pública la cual trae consigo un mayor valor a los inmuebles que la atraviesan, y por tal razón es necesario hacer partícipe al Estado de dicho mayor valor para que este beneficie a la comunidad en general.

En torno a la normatividad, es indispensable iniciar expresando que la Ley 9 de 1989, en su artículo 107 establecía que:

La contribución de Desarrollo Municipal a cargo de los propietarios o poseedores de aquellos predios o inmuebles urbanos o sub-urbanos, cuyo terreno adquiera una plusvalía como consecuencia del esfuerzo social o estatal. Dicha contribución tiene carácter nacional, pero se cede en favor del municipio en el cual esté ubicada la totalidad o la mayor parte del inmueble (Congreso de la República, 1989, Art. 107).

Podemos atribuir esta ley como el primer antecedente que surgió en Colombia frente a la figura de plusvalía, como un "esfuerzo" social o estatal, el cual buscaba brindar un respaldo o sustento presupuestal al desarrollo de cada uno de los territorios del orden nacional. Luego de esto, con la promulgación de la Constitución de 1991, en el artículo 82 se estableció que las entidades públicas serían las que participarán de la plusvalía en ocasión de la acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo en defensa del interés común.

De lo anterior, es claro entonces que, la participación de plusvalía emana de un poder constitucional, lo cual no significa que ante esta posición no deba realizarse una interpretación sistemática de la misma, luego que esta consagración especial recae en la obligación de actuar bajo los principios de solidaridad social y la contribución al funcionamiento de los gastos e inversiones del Estado (Cortes, 2014).

Posteriormente, entra en vigencia la Ley 388 de 1997, mejor conocida como la ley del desarrollo territorial, puesto que en ella se establecen criterios que permiten a las entidades territoriales ejercer su autonomía y promover el desarrollo ordenado y equitativo del territorio. Sin embargo, es importante mencionar que el artículo 73 de esta ley establece por primera vez en Colombia la noción de participación de plusvalía en los siguientes términos: “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” (Congreso de la República, 1989, art. 73). Frente a esta noción, por primera vez se integra al ordenamiento colombiano la definición de participación de plusvalía.

La “participación de plusvalía” desprende una connotación un poco diferente a la que se refiere la noción propia de plusvalía, pues la primera es definida como: un derecho de carácter colectivo, que le da al Estado representado en el municipio, la facultad de imponerla, como consecuencia de una acción que incrementa el valor del suelo o mejora su aprovechamiento y la segunda como anteriormente se enuncia, está definida como el aumento del valor de un bien (Rendón et al., 2018). En este sentido, la denominada participación de plusvalía nace de un concepto de economía, pues se enmarca dentro de la base de utilidad, ya que en estricto sentido ambas partes (Estado y propietario) se harán beneficiarias de manera recíproca.

En atención al artículo 317 de la Constitución Política de 1991, determina que sólo los municipios y distritos podrán gravar los inmuebles, por ende, solo estos serán los sujetos activos de la participación en plusvalía. Por otro lado, se genera una obligación la cual comprende una contribución directa, por tal motivo los sujetos pasivos son los propietarios o poseedores de los inmuebles que tengan autorización para darle un uso más rentable a su inmueble o para incrementar el aprovechamiento del suelo (Secretaría Distrital de Hacienda, s.f.).

Por su parte, el artículo 74 de la ley 388 de 1997, determina los hechos generadores de la participación de plusvalía, a aquellas decisiones administrativas que configuran acciones urbanísticas, 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 establece formalmente en el respectivo Plan de Ordenamiento o en los instrumentos que lo desarrollen (Congreso de la República, 1997, art. 74).

Y, entonces son las conductas sociales contempladas en la ley que reflejan una capacidad lucrativa que da origen a obligación tributaria sustancial, entonces, es claro que ellas se encuentran de manera taxativa en la ley. La Corte Constitucional indica que el concepto de hecho generador es el elemento que mejor define un tributo, dado que es este concepto concreto la situación de hecho, la cual exterioriza la capacidad contributiva; y de allí nace al mundo jurídico la correspondiente obligación fiscal (Corte Constitucional, 1996).

Partiendo de la idea de que las obligaciones tributarias nacen de la ley, se concluye que paralelamente se deben realizar los presupuestos que en ellas se prevén, con el fin de registrar la obligación a cargo del sujeto pasivo y todos los elementos constitutivos que alrededor de la obligación se generan con el fin de garantizar su exigibilidad y las prescripciones de la acción de cobro (Bravo, 2009).

Como se mencionó anteriormente, la Ley 388 de 1997 estableció en su artículo 74 los hechos generadores que dan origen al nacimiento de la obligación tributaria, pero en su artículo 87 establece que cuando se ejecuten obras públicas previstas en el Plan de Ordenamiento Territorial o en los planes parciales o en los instrumentos que los desarrollen, y no se haya utilizado para su financiación la contribución de valorización, las correspondientes autoridades competentes podrán determinar el mayor valor adquirido por los predios en razón de tales obras, y liquidar la participación que corresponde al respectivo ente territorial (Congreso de la República, 1997, art. 87). Ante esta situación, se crea un hecho generador subsidiario que si bien no se encuentra dentro del artículo destinado al mismo la obligación tributaria se origina de la ley y dada su realización se dará origen al hecho generador.

Como consecuencia de los hechos generadores, se entiende que debe existir una cuantificación monetaria, la cual está sujeta a un determinado proceso para lograr su determinación. Puede concluirse que esta, es la base gravable, la cual se entiende como la cuantificación de cada hecho generador o conjunto de ellos con la finalidad de establecer el valor de la obligación.

Por último, la Ley 388 de 1997, establece que los municipios establecerán la tarifa la cual oscila entre el 30% y el 50% del efecto plusvalía; esta corresponde específicamente a la magnitud que, aplicada a la base gravable, sirve para calcular la cuantía de la participación.

Finalmente, es propio decir que, los componentes anteriormente expuestos corresponden a la determinación de los elementos esenciales de la obligación tributaria de la plusvalía y la coexistencia de todos debe ser de manera armónica y bajo los principios propios del sistema tributario colombiano, para lograr verdaderamente una herramienta de financiación tributaria.

Principios De Orden Tributario y Su Problemática en la Aplicación de la Normatividad actual en Plusvalía

Partiendo del postulado anteriormente descrito, de que la plusvalía consagra su régimen general en la Ley 388 de 1997, concepto que es inherente al derecho de propiedad y cumple con una función netamente social que busca el fortalecimiento financiero de determinado territorio municipal o distrital, el cual por su naturaleza jurídica tiene una correlación directa con el sistema tributario colombiano, este aparte tiene como finalidad, resaltar y recordar los principios del sistema tributario colombiano con el fin de relacionarlos directamente con el tributo de estudio, el cual corresponde a la participación de plusvalía.

La capacidad contributiva, independientemente de su explícita contemplación a nivel constitucional y de las consideraciones iusfilosóficas que giran en torno a su significación, involucra los valores y principios sobre los cuales se funda el Estado Social de Derecho, como lo son la búsqueda de una tributación justa que corresponda a la equidad y la progresividad, la solidaridad y la función social de la propiedad, y en consecuencia constituye un límite material al contenido de la norma tributaria, garantizando su justicia y razonabilidad (Buitrago, 2008).

Es así, como el sistema tributario colombiano, debe cumplir con un precepto ético originario de nuestra constitución, para tal fin como mínimo debe estar organizado para garantizar condiciones básicas como lo son un trabajo digno, la distribución equitativa y responsable de la riqueza, la transparencia y la igualdad entre otros.

El sistema tributario en Colombia se consagra bajo los principios de legalidad, igualdad, equidad, eficiencia, progresividad, irretroactividad, unidad de materia y finalmente capacidad contributiva, contenidos propiamente de nuestra constitución política en los artículos 13, 58, 338 y 363 (Romero et al., 2013).

El principio de legalidad tributaria se rige bajo la expresión “*Nullum tributum sine lege*”, la cual traduce que todo tributo debe estar contemplado en una ley con el fin de garantizar seguridad jurídica a los contribuyentes y que se encuentra contemplada en el artículo 388 de la Constitución Política, donde se establece que:

En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. 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 impuestos (Constitución Política, 1991, art. 338).

El principio de legalidad tiene como fin, garantizar la seguridad jurídica y de cierta manera controlar el poder impositivo del Estado mediante el Congreso de la República, pues bien, se sabe que este es el único ente autorizado para crear, modificar o derogar las normas. No obstante, el art. 338 C.P. extiende las mismas facultades a las asambleas departamentales, y a los concejos municipales” (Romero et al., 2013), Luego, es claro que, en materia tributaria en virtud del principio de reserva legal, le es atribuido solo al congreso de la república la potestad de imponer tributos; en el orden territorial, la facultad radica en una autorización reglamentaria, de carácter limitado y restringido (Briceño, 2021).

Lo anteriormente descrito por Molina (2017) se queda corto, en el entendido que si bien, se extiende facultades a las asambleas departamentales y a los concejos municipales, estos no son titulares de potestad impositiva originaria, porque su competencia para imponer contribuciones fiscales de conformidad con el art 388 C.P. el cual debe entenderse en armonía con el art 287 numeral 3, el cual expresa que: la autonomía que manejan los territorios en pro de la gestión de

sus intereses bajo la Constitución y la Ley, tiene como finalidad la administración de los recursos y tributos para el cumplimiento de sus gastos (Pinilla et al., 2017).

Al establecer la relación de este importante principio con la plusvalía, observamos que es el artículo 73 de la Ley 388 de 1997 el nexo causal, pues dispone: que serán los concejos municipales y distritales los que establecerán mediante acuerdo de carácter general, las normas para la aplicación de la participación en la plusvalía en sus respectivos territorios; y es aquí donde se ratifica lo anteriormente argumentado pues serán los concejos quienes deberán acatar y no alterar los contenidos contemplados en la Ley y la Constitución, en el sentido de no modificar, suprimir o adicionar los elementos constitutivos de este tributo como los son los hechos generadores o los sujetos activos que en ella se enmarcan.

Finalmente, bajo la violación al principio de legalidad, también es propio evidenciar la vinculación o composición de más de un hecho generador, En este sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

La Sección Cuarta, ha sostenido dos posiciones frente a las controversias que han surgido alrededor de la participación de plusvalía, donde la primera determina que la causación del hecho generador nace con la acción urbanística que argumenta un mejor provecho al predio del propietario o poseedor, pues manifiesta que corresponde a la autorización específica prevista por la ley de manera que la expedición de la licencia de urbanismo y construcción, los actos de transferencia del dominio, el cambio de uso efectivo, la adquisición de títulos de edificabilidad, la construcción y el desarrollo son los momentos fijados por la norma para la exigibilidad. Como segunda noción manifiesta la identificación de dos supuestos que causa la participación de plusvalía, bajo la figura de hecho generador compuesto, donde se necesita inicialmente de la

expedición de una norma general y, posteriormente, de una autorización específica entendida esta como las licencias urbanísticas u otro tipo de trámite administrativo que recayera sobre el inmueble, como lo podría ser el sometimiento a englobe. La línea judicial que reconocía dos momentos de realización del hecho generador partía de la interpretación del artículo 74 de Ley 388 de 1997, según el cual el hecho imponible de la plusvalía son las decisiones administrativas que configuran acciones urbanísticas «y que autorizan específicamente ya sea destinar el inmueble a un uso más rentable, o bien incrementar el aprovechamiento del suelo (...)» (Consejo de Estado, 2020).

Frente a lo anterior, es pertinente afirmar que si bien la naturaleza del hecho generador, se desprende de las decisiones administrativas que configuran acciones urbanísticas de conformidad con el artículo 74 de la Ley 388 de 1997 estos hechos generadores no tienen lugar a hechos compuestos, y no pueden confundirse con los momentos de exigibilidad contemplados en el artículo 83 de esta la misma ley; desde luego y nada tiene que ver las situaciones donde las decisiones administrativas se presentan antes de la implementación del tributo al ente territorial, situación diferente a las autorizaciones específicas para destinar un inmueble a un uso de mayor valor, pues allí nace el hecho generador de conformidad al artículo 74 de la Ley 388 de 1997.

Los Principios de Equidad, Eficiencia y Progresividad del Tributo se fundan en el sistema tributario colombiano de conformidad con el artículo 363 de la Constitución Política, esto se enmarca en el entendido que es el Estado quien debe imponer las cargas y otorgar beneficios sin distinción entre los contribuyentes, definir tarifas equitativas tanto para la obtención del pago, como para el otorgamiento de beneficios tributarios, logrando la llamada equidad horizontal, la cual comprende que a igual carga tributaria igual base gravable, o por el contrario establecer la equidad vertical que interpreta que a mayor carga impositiva mayor base gravable, quien gane más

debe pagar más. Así las cosas, el fin de estos tres principios de manera armónica, es lograr la justicia y evitar en su máxima expresión hechos de arbitrariedad que como consecuencia menoscaben derechos a los contribuyentes (García & Pinzón, 2017).

La esencia de estos principios consiste en que los impuestos sean justos y equilibrados; que el sujeto pasivo de la obligación no sea desmejorado en su condición, pues conlleva una desigualdad, pondría a la administración en un grado de superioridad, causando con ello arbitrariedad y atesoramiento en detrimento del contribuyente (Romero et al., 2013).

El principio de equidad al tenor de la participación de la plusvalía, inicia su desarrollo en el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, pues este artículo establece que 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 cuales serán tenidas en cuenta, sea en conjunto o cada una por separado, para determinar el efecto de la plusvalía. Posteriormente, es el artículo 75 el que nos afirma que la plusvalía se estimará bajo ciertos preceptos para calcular los precios, entre uno de ellos, se establecerá el precio comercial de los terrenos en cada una de las zonas o subzonas beneficiarias, con características geoeconómicas homogéneas, también es la Resolución 70 de 2011 emitida por el IGAC la que define que: “las zonas homogéneas geoeconómicas son los espacios geográficos determinados a para de zonas homogéneas físicas con valores unitarios similares en cuanto a su precio, según las condiciones del mercado inmobiliario” (IGAC, 2011, art. 52).

En este entendido, se puede decir que se deberá estimar de manera conjunta los predios que cumplan con condiciones homogéneas físicas y que su ubicación sea dentro de la misma zona beneficiada, logrando un precio similar una a otra, situación que algunas entidades territoriales olvidan y realizan los cálculos del precio comercial de manera individual encontrándose en la

misma zona o subzona con características geoeconómicas homogéneas y con cálculos de la plusvalía totalmente diferentes, generando así, el quebrantamiento del principio de equidad.

Respecto del principio de eficiencia dentro del tributo de plusvalía es propio determinar que: “su fin último determina el más importante de la función social a la cual está encaminada, pues es el artículo 85 de la Ley 388 de 1997 el que establece la destinación específica de los recursos provenientes de esta participación, los cuales están encaminados a lograr beneficios generales a la población de donde se causa el tributo” (Munévar et al., 2017, p. 49). Es este principio le otorga un campo de acción mayor al sujeto activo de la contribución de plusvalía, pues es la administración quien tiene el deber de velar por el buen aprovechamiento e inversión de estos recursos los cuales no podrán desviarse a fines diferentes de los ya contemplados por la Ley.

En cuanto al principio de progresividad del tributo, es propio decir que este: “dispone que los tributos han de gravar de igual manera a quienes tienen la misma capacidad de pago (equidad horizontal) y han de gravar en mayor proporción a quienes disponen de una mayor capacidad contributiva (equidad vertical)” (Corte Constitucional, 2011).

En cuanto a su relación con el tributo en mención, es necesario observar que, no existe una tarifa fija la cual aplique para todos los contribuyentes de manera uniforme, sino por el contrario el artículo 79 de la Ley 388 de 1997 aplica el principio de progresividad en el sentido de establecer un rango en la determinación de este elemento constitutivo de la plusvalía que oscila entre el 30% al 50% tomando en consideración las características propias de los predios afectados por esta participación (Pinilla et al., 2017).

Respecto del Principio de Irretroactividad Tributaria es preciso indicar que su significado radica en que, la ley no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo y sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación; de conformidad con el artículo 338 C.P., en el cual se prohíbe que

se aumenten las cargas al contribuyente, modificando las regulaciones en relación con periodos vencidos o en curso. La razón de esta prohibición se fundamenta en que el Estado no puede modificar la tributación con efectos retroactivos, con perjuicio de los contribuyentes de buena fe (Romero et al., 2013); en otras palabras, Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo (Morales, (2021).

En cuanto a su relación directa con la participación de plusvalía, es necesario indicar que son los municipios los que deben tener estrictamente en cuenta, entre otras cosas, que (i) el cobro mismo se haga con fundamento en un acuerdo proferido previamente por el órgano de representación popular, el cual, por supuesto, debe regular adecuadamente la contribución respetando los hechos generadores y sujeciones pasivas previstas en la ley habilitante; y (ii) abstenerse de aplicar el gravamen respecto de acciones urbanísticas que se hayan configurado en forma previa incorporación del tributo a su ordenamiento fiscal (Pinilla et al., 2017).

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sostiene sobre el principio de irretroactividad, 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” (Consejo de Estado, 2011).

Es decir, que los hechos generadores de que trata el artículo 74 de Ley 388 de 1997 deben expedirse con posterioridad a la entrada en vigencia del acuerdo municipal que fija el tributo de la participación de plusvalía para dar cumplimiento al principio de irretroactividad.

Posibles Soluciones a las Diferentes Situaciones que Violentan los Principios de Orden Tributario

Con el fin de dar respuesta al interrogante inicialmente formulado, es necesario plantearse nuevas estrategias que generen de este tributo una fuente de financiación igual de positiva y enriquecedora para los entes territoriales como hasta el momento, pero a su vez lograr generar seguridad jurídica y hábito de pago al nivel de otros tributos como lo son el impuesto predial o el impuesto de industria y comercio.

Frente a las problemáticas planteadas en el capítulo anterior, es necesario fijar posibles soluciones que conlleven a este instrumento de financiación a su máximo potencial, por un lado, la Corte Constitucional ha establecido que: el principio de legalidad en materia tributaria comprende entre otros aspectos el principio de predeterminación de los tributos, en cual se relaciona con la necesidad de fijar los elementos mínimos del acto jurídico que impone la contribución (Corte Constitucional, 2012)

Así, entonces es un deber establecer con claridad y certeza los elementos de las obligaciones tributarias, los cuales no tendrían que ser tema de discusión al momento de llevar a cabo el proceso de recaudo, ni mucho menos ser modificados, eliminados o adicionados los elementos constitutivos del tributo en sede judicial para evitar así, las controversias interpretativas y quebrantamientos a los principios que enmarcan la tributación colombiana.

Por otro lado, es claro que en términos generales situaciones adversas al procedimiento inicialmente establecido para la participación en plusvalía se han acogido como solución a las controversias generadas; una reestructuración a la normatividad vigente frente a la participación en plusvalía con el fin de unificar y armonizar criterios ya aprobados y

estudiados por la rama legislativa y la rama judicial evitando así, el choque de trenes que en la actualidad se presenta tanto en argumentos sobre los elementos constitutivos del tributo como en su procedimiento de recaudo, contribuiría a una mayor seguridad jurídica tanto para el legislador, el contribuyente y las administraciones territoriales que lo incorporan.

Situación que en la actualidad no se evidencia pues la ausencia de seguridad jurídica conduce al desorden social, porque los contribuyentes no conocen el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en relación de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

(Corte Constitucional, 2001).

En busca de la protección de los principios constitucionales orientados a la tributación colombiana es necesario que dentro de la reestructuración normativa que se realice a la participación en plusvalía se implemente técnicas legislativas claras y de fácil interpretación dado que si bien, la norma destinada en la actualidad al recaudo de este tributo en Colombia es completa, esta se presta a notables confusiones y variadas interpretaciones a nivel jurisprudencial; el hecho de la reestructuración normativa armónica con unificación de criterios y mejores técnicas de interpretación aceleraría el interés por parte de los entes territoriales que a la fecha no han aplicado el cobro de este tributo; la consolidación y unificación de criterios generaría mayor confianza a favor de los entes territoriales y ayudaría a impulsar la participación de la plusvalía como cualquier otro tributo de manera correcta.

Una vez se logre la restructuración de la norma de manera clara y armónica; contribuiría de manera significativa al reconocimiento de este tributo a favor de las partes (sujetos pasivos y sujetos activos), que sea la misma administración (sujeto activo) la principal interesada en activar esta obligación tributaria, una vez el predio cuente con la afectación de plusvalía, este se transfiera a su poder y genere como resultado inversiones en infraestructura para el mismo territorio.

“La recuperación de plusvalías mediante la venta de terrenos fiscales es otro mecanismo para recuperar los costos de la infraestructura pública. Consiste en la venta de tierras cuyo valor se ha incrementado como resultado de las inversiones en infraestructura. Si el sector público es dueño de la tierra, puede internalizar los beneficios de las inversiones públicas y recuperar la plusvalía mediante la venta de terrenos. China ha financiado de esta manera gran parte de sus inversiones en infraestructura urbana. En el caso de un gran proyecto de autopistas urbanas, el municipio puede transferir los terrenos adyacentes a una corporación de desarrollo público-privada. La corporación toma préstamos respaldados por esas tierras como garantía, financia la

construcción de la autopista, y luego paga la deuda y obtiene utilidades mediante la venta o el arriendo de los terrenos cuyo valor se ha incrementado como consecuencia del acceso a la nueva vía” (Peterson, 2008, p. 3)

De igual forma, a modo de estrategia podría ayudar a fortalecer esta herramienta de financiación a favor del desarrollo urbano, la disminución equitativa a las tasas aplicadas en otros impuestos como lo es el impuesto predial, para darle entrada a una contribución relativamente nueva que contempla una destinación específica y es el desarrollo urbano del territorio; recaudo que beneficia a toda la comunidad, como también generar incentivos a aquellos contribuyentes que una vez cuenten con sus liquidación de plusvalía en firme tengan la opción de acceder a determinados porcentajes de descuentos por pronto pago, situación que correlativamente ayudaría

a bajar los índices de morosidad frente al recaudo y a generar cultura de pago fiscal frente a este tributo, de la misma manera que el impuesto predial o el impuesto de renta o de industria y comercio los cuales cuentan con intensivos y una cultura de pago robusta.

Las posibles soluciones anteriormente relacionas, nos permite ver la urgencia que se tiene frente a que el gobierno propicie estrategias que conlleven al mejoramiento en el proceso actual de participación de plusvalía, desde un punto de vista personal es indispensable hablar sobre una reestructuración de la norma con el fin de establecer criterios de fácil interpretación, pues es claro que allí se concentra el mayor problema que desemboca este procedimiento administrativo, la necesidad de un lenguaje menos técnico y más práctico es lo que encajaría de manera perfecta para animar a los diferentes entes territoriales al cumplimiento constitucional en la implementación de esta contribución.

No obstante, esta reestructuración en primer lugar deberá estar ajustada a la constitución colombiana y a su vez en lo posible no presentar lagunas técnicas que conlleve a argumentos contradictorios situación que en la actualidad se evidencia y por ende se requiere de un cambio de manera urgente y como estrategia para su mayor aplicación dentro del territorio colombiano.

Paralelamente, es necesario establecer la unidad normativa a la hora de estructurar esta contribución en los diferentes entes territoriales, pues el hecho que sean los concejos municipales o distritales quienes se encarguen de aprobar mediante acuerdos de carácter general la aplicación del tributo hace que el mismo se estudie de diferentes maneras en los territorios del país, ejemplo de ello, la facultad que tienen los concejos para determinar el porcentaje de la tarifa de la

participación dentro del rango del 30% al 50% (artículo 79 de la ley 388 de 1997) ya genera una diferencia o tal vez un menoscabo al interés general en los municipios donde el porcentaje sea menor en comparación de otros que establezcan como rango el 50% de la tarifa de la participación, por otro lado, también se requiere de uniformidad en las acciones que recaen en las administraciones municipales y distritales pues se evidencian las variadas violaciones a principios de orden tributario como anteriormente se ha expresado.

Conclusión

La situación actual que se vive frente al incumplimiento del procedimiento para lograr la determinación y posterior liquidación de cobro de la plusvalía, en los pocos municipios que lo contemplan se evidencia el abandono a la importancia de este recaudo por parte de los entes administrativos que sin aceptar los errores cometidos no han hecho nada para lograr una solución conjunta, la falta de planeación en el recaudo de plusvalía en los entes territoriales fortalece su inaplicabilidad y desconocimiento, como también el no darle la importancia de nivel constitucional que recae sobre ella; de esta forma se considera la obligatoriedad en la implementación de este tributo en todos los municipios del territorio colombiano., como cualquier otra obligación fiscal que recae sobre un contribuyente, y no dejar a discrecionalidad de una administración el recaudo de determinado tributo dado que su impresión a primera vista se mantiene como una negativa política frente a la población.

Así mismo en los municipios que han optado por la aplicabilidad de lo dispuesto en la ley 388 de 1997 y la constitución política de 1991 sobre el procedimiento en la participación de plusvalía como lo es la determinación de la base gravable, se logra identificar los altos valores de subjetividad que el legislador le suministra a los sujetos activo, pues en la vida diaria se logra

determinar que predios que tienen condiciones geoeconómicas homogéneas ubicadas en la misma zona manejan precios totalmente diferentes, esto se debe a que dentro del procedimiento contenido dentro de la Ley destinada a este tributo, es el Instituto Agustín Codazzi o algún perito particular que cumpla las condiciones en la Ley contempladas serán los encargados de determinar el mayor valor de la tierra, según su raciocinio y criterio, conllevando a los municipios a caer en la vulneración de los principios que constituyen la tributación en Colombia, como por ejemplo el principio de equidad el cual busca una distribución de cargas tributarias de forma conjunta y equilibrada al momento de hacer el cálculo de los valores comerciales de cada predio, sin embargo las entidades territoriales realizan los cálculos de manera individual ignorando la importancia de estas condiciones.

Finalmente, es importante aludir que el sistema tributario en Colombia requiere de manera indiscutible contar con seguridad jurídica proveniente de criterios éticos y objetivos, situación que en gran parte se logra mediante un trabajo interdisciplinario y público para obtener mayor objetividad, el reconocimiento de principios rectores hace indispensable el manejo de procedimientos de recaudo de manera general dentro del sistema tributario, pero se hacen obligatorios en tributos que no cuenta con la fuerza necesaria para su recaudación.

Referencias bibliográficas

Barco, C., & Smolka, M. (s.f.). *Desafíos para implementar la participación en plusvalías en Colombia*. <https://www.lincolnst.edu/es/publications/articles/desafios-para-implementar-la-participacion-en-plusvalias-en-colombia>.

Barreto, N. M. (2003). *Plusvalía Como Contribución Especial Con Fines Urbanísticos*. *Revista de Derecho fiscal* (1), pp.1- 27.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/2666>

Bravo Arteaga, J. R. (2009). *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*. Tercera Edición. pp. 238-239.

Buitrago, B. (2008). *La no confiscatoriedad como expresión de la capacidad contributiva y garantía en los tributos sobre la propiedad inmueble*. *Revista de Derecho Fiscal*. (4) pp. 229- 243.

Cortés, L. E. (2014). *La Participación En Plusvalía Como Instrumento De Financiación: Análisis Desde El Derecho Comparado Y Perspectivas*. [Tesis de especialización, Universidad Javeriana]

<https://Repository.Javeriana.Edu.Co/Bitstream/Handle/10554/41207/Monograf%C3%Ad a%20de%20grado%20plusval%C3%Ada%20contenido%20final.Pdf?Sequence=2&Isal lowed=Y>

García, C. O. & Pinzón, J. J. (2017). *Progresividad, equidad y eficiencia en la tributación de Colombia*. [Tesis de especialización, Universidad Jorge Tadeo Lozano]

<http://hdl.handle.net/20.500.12010/3731>.

López Ríos, L. M. (2021). *Los Regímenes Tributarios Preferenciales Como La Inseguridad Jurídica En La Aplicación Del Régimen De Transferencia En Colombia*. [Trabajo de grado, Universidad CES]

https://Repository.Ces.Edu.Co/Bitstream/10946/5265/1/0406_2021.Pdf

García, C. O. & Pinzón, J. J. (2017). *Progresividad, equidad y eficiencia en la tributación de Colombia*. [Tesis de especialización, *Universidad Jorge Tadeo Lozano*]

<http://hdl.handle.net/20.500.12010/3731>.

Munévar, C., Hernández, N. & Cardona, A. (2018). *La Eficacia De La Participación De La Plusvalía Urbana En El Municipio De Manizales- Colombia*. *Revista republicana*, (24),

41-60. <https://doi.org/10.21017/rev.repub.2018.v24.a39>.

Pérez, Bustamante, & Ponce. (11 de diciembre de 2014). *La plusvalía*.

<https://www.pbplaw.com/es/la-plusvalia/>

Pinilla, F., González, J. M., Caycedo, C. F., Caicedo, A. M. & Garzón, D. (2017). *Participación En La Plusvalia Instrumento De Financiación Del Desarrollo Urbano*. Legis.(Ed, Vol 1).

Peterson, G. E. (agosto de 2008). *La plusvalía de la tierra como opción para el financiamiento de la infraestructura urbana*.

https://library.pppknowledgelab.org/attached_files/translations/12/original/Gridlines-40-Spanish.pdf?1432077551

Romero, C. A. , Grass, Y. C. & García, X. C. (2013) . *Principios constitucionales que rigen el sistema tributario*. *Derecho y Políticas Públicas*, vol 15(núm. 4), pp.67-76. Principios constitucionales que rigen el ... - Revistas UCC<https://revistas.ucc.edu.co> › article › download

Torres, M. (2021). *Análisis de las libertades económicas y la economía social de mercado en la pandemia de COVID-19 en Colombia*. En Barreto Ferro, G. & Stöber, M. (Ed.) (2021). *La legislación COVID-19 en Alemania y en Colombia* (pp. 197- 217). Grupo Editorial Ibáñez

Zabala, V. (2019) *La participación del Estado en la Plusvalía como una Deuda Ciudadana*. La Ratio Juris, vol. 14, (núm. 28), pp. 287-320

Briceño, S. (2021) Aplicación retención de Industria y Comercio [Artículo como requisito para optar por el título de especialista en derecho tributario, (pp.14) Universidad Santo Tomas, sede Villavicencio].

Morales, R (2021), Autonomía fiscal de los municipios en Colombia, los elementos del tributo [Artículo como requisito para optar por el título de especialista en derecho administrativo, (pp. 10) Universidad Santo Tomas, sede Tunja].

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C 583 del 31 de octubre de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Ref.: Expediente D- 1304.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C 583 del 9 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ref.: Expediente D- 3374.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C 583 del 18 de mayo de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref.: Expediente D- 8304.

Corte Constitucional. (2012). Sentencia C 891 del 31 de octubre de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref.: Expediente D- 9063.

Consejo de Estado. (3 de diciembre de 2020) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 223540. [CP: Julio Roberto Piza Rodríguez]

Consejo de Estado. (5 de diciembre de 2011) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 16532. [CP: Carmen Tereza Ortiz de Rodríguez]

Leyes y Decretos

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). 2da Ed. Legis.

Congreso de Colombia. (24 de julio de 1997) Ley de Desarrollo Territorial. [LEY 388 DE 1997].DO:43.091.http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997.html

Resolución 70 de 2011 [Instituto Geográfico Agustín Codazzi-IGAC]. Por la cual se reglamenta la formación Catastral, la actualización de la formación Catastral y la formación Catastral. 17 de febrero de 2011.