



Análisis jurídico de la participación en plusvalía en la ciudad de Bogotá D.C.: 2004-2016

Eduardo Andrés Vargas Apráez. Abogado especialista en Derecho Contractual de la Universidad del Rosario, estudiante del Máster en Urbanismo, Planeamiento y Diseño Urbano de la Universidad de Sevilla. Consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD. Bogotá, Colombia.

Correo electrónico: facavargas@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-2068-9338>.

Recibido: Agosto 05, 2017.

Aprobado: Junio 22, 2018.

Publicado: Agosto 17, 2018.

Acceso abierto: Reconocimiento 4.0 (CC BY 4.0)

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>



Conflicto de intereses: El autor ha declarado que no existen conflictos de intereses.

Resumen

La participación en plusvalía es un gravamen que se genera por la expedición de normas urbanísticas que modifican la utilización del suelo, bien sea cambiando su uso u otorgando un mayor aprovechamiento en edificabilidad. A partir del año 2004, la ciudad de Bogotá inició la reglamentación para implementar el tributo. El objetivo de esta investigación es analizar las etapas del procedimiento para el cobro de la participación en plusvalía adelantadas por la administración, a través de los pronunciamientos judiciales ejecutoriados, no susceptibles de recursos, dentro del periodo comprendido entre 2004 a 2016, en los cuales actuó como parte demandada. La metodología empleada fue el análisis de normatividad y doctrina para efectos de comprender la operatividad del procedimiento. Posteriormente se seleccionaron expedientes en el sistema de información web de la rama judicial y la consulta y revisión de sentencias se realizó directamente en los despachos judiciales. El análisis jurisprudencial permite observar que la Ley 388 de 1997 se presta para diversas interpretaciones. En cuanto a los hechos generadores, la ley no aclara si el predio debe acceder al beneficio contemplado en la acción urbanística, generando actuaciones que provocaron la vulneración al principio de irretroactividad tributaria. En la etapa de exigibilidad, la administración expidió liquidaciones de aforo, procedimiento no contemplado en el artículo 81 de la Ley 388 de 1997. Adicionalmente, se utilizó el método inadecuado para calcular el efecto plusvalía y se negaron devoluciones sin fundamento. Lo anterior provocó vulneraciones al ordenamiento legal que generaron sentencias condenatorias.

Palabras clave: actuación urbanística, aprovechamiento urbanístico, procedimiento administrativo, declaración de lesividad, impuesto sobre bienes inmuebles.

Legal analysis of the share in capital gain in Bogotá D.C.: 2004-2016

Abstract

Participation in capital gain is a tax that is generated by the issuance of urban development regulations that modify the use of the land, either by changing its use or by giving greater use in buildability. Since 2004, Bogotá initiated the rule to implement the tax. The objective of this investigation is to analyze the stages of the procedure for the collection of the share in capital gain advanced by the administration, through the enforceable judicial pronouncements, not susceptible of resources, within the period between 2004 to 2016, in which it acted as a defendant party. The methodology used was the analysis of normativity and doctrine to understand the operation of the procedure. Subsequently, we selected files in the web information system of the judicial branch, and the consultation and review of judgments were made directly in the legal offices. The jurisprudential analysis allows observing that Law 388 of 1997 lends itself to diverse interpretations. As for the generating facts, the law does not clarify if the property must access the benefit contemplated in the urban development action, generating proceedings that caused the violation of the principle of tax non-retroactivity. In the enforceability stage, the administration issued settlement assessments, a procedure not contemplated in article 81 of Law 388 of 1997. Besides, the inappropriate method was used to calculate the capital gain effect and unfounded returns were denied. Those mentioned above led to violations of the legal system that generated convictions.

Keywords: urban development action, urban development, administrative procedure, declaration of harmfulness, property tax.

Análise jurídica da participação em mais-valia na cidade de Bogotá D.C.: 2004-2016

Resumo

A participação na mais-valia é um imposto que é gerado pela emissão de regulamentos urbanísticos que modificam o uso do solo, seja pela mudança de seu uso ou concedendo um maior aproveitamento em edificabilidade. A partir do ano 2004, a cidade de Bogotá iniciou o regulamento para implementar o imposto. O objetivo desta investigação é analisar as etapas do procedimento para a arrecadação da participação na mais-valia antecipadas pela administração, através dos pronunciamentos judiciais exigíveis, não suscetíveis de recursos, dentro do período compreendido de 2004 até 2016, nos quais atuou como parte demandada. A metodologia empregada foi a análise de normatividade e doutrina para entender a operacionalidade do procedimento. Posteriormente, foram selecionados os processos no sistema de informações da web do poder judiciário e a consulta e revisão dos julgamentos foram feitos diretamente nos escritórios judiciais. A análise jurisprudencial permite observar que a Lei 388 de 1997 se presta a diversas interpretações. Quanto aos fatos geradores, a lei não esclarece se a propriedade deve acessar ao benefício contemplado na ação urbanística, gerando ações que causaram a violação do princípio da não retroatividade fiscal. Na etapa de exigibilidade, a administração emitiu liquidações das medições, procedimento não contemplado no artigo 81 da Lei nº 388, de 1997. Além disso, utilizou-se o método inadequado para calcular o efeito do ganho de capital e os retornos infundados foram negados. O acima mencionado provocou violações do sistema legal que geraram sentenças condenatórias.

Palavras-chave: atuação urbanística, aproveitamento urbanístico, procedimento administrativo, declaração de lesividade, imposto sobre bens imóveis.

Introducción

El artículo 82 de la Constitución Política de Colombia (1991) otorga a las entidades públicas el derecho de participar en las plusvalías generadas por acciones urbanísticas que modifiquen el uso del suelo o incrementen el aprovechamiento en edificabilidad. Dicho derecho se reglamentó en el capítulo IX de la Ley 388 (1997), donde se señala que el alcalde municipal o distrital es la autoridad competente para efectuar la liquidación de la participación en plusvalía. En la ciudad de Bogotá D.C., mediante el Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003, se adoptaron las normas para la aplicación de la participación en plusvalía.

Existen estudios que analizan los elementos de la participación en plusvalía y su implementación en la ciudad de Bogotá, a partir de la exposición de motivos del Acuerdo 118 de 2003 (Maldonado, 2003) y las actuaciones adelantadas por la administración dentro del proceso de cobro (Vejarano, 2007), los cuales abarcan el periodo comprendido entre el año 2002 y 2004 e indican la complejidad del trámite de cálculo, liquidación, exigibilidad y cobro del gravamen. No obstante, en cuanto a la legalidad de los procedimientos adelantados por la ciudad de Bogotá, tema central de esta investigación, no se encontraron estudios precedentes que permitan comparar los resultados obtenidos.

En este sentido, el problema que orientó esta investigación fue analizar los procedimientos adelantados por la ciudad de Bogotá, para el cobro de la participación en plusvalía a través de las sentencias judiciales en firme, es decir, no susceptibles de recursos. Para esto se planteó la siguiente pregunta: ¿los fallos judiciales en firme declaran la legalidad de los procedimientos adelantados por la ciudad de Bogotá en el trámite de cobro de la participación en plusvalía?

El objetivo de esta investigación es analizar las etapas del procedimiento para el cobro de la participación en plusvalía adelantadas por la administración, a través de los pronunciamientos

judiciales ejecutoriados, no susceptibles de recursos, dentro del periodo comprendido entre 2004 a 2016, en los cuales actuó como parte demandada, teniendo en cuenta que la implementación del gravamen inició el 30 de diciembre de 2003 y se tomó como límite temporal las sentencias expedidas a 31 de diciembre de 2016.

Metodología

Para responder al objetivo de investigación, se requiere un acercamiento al tema, por ende, es fundamental conocer las etapas del procedimiento de cobro de la participación en plusvalía adelantado por la administración de la ciudad de Bogotá, motivo por el cual en primera instancia se utilizó el método analítico de investigación estudiando los acuerdos y decretos que reglamentan el gravamen y se analizó la doctrina existente para efectos de comprender su operatividad.

Posteriormente, se indagaron los pronunciamientos judiciales ejecutoriados, no susceptibles de recursos, referentes al procedimiento para el cobro de la participación en plusvalía adelantado por la administración, dentro del periodo comprendido entre 2004 a 2016, en los cuales actuó como parte demandada, con el fin de establecer los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan las demandas instauradas, al igual que los argumentos de defensa y las tesis adoptadas por los despachos de conocimiento.

Se aplicó el método inductivo de investigación, se identificaron los expedientes judiciales en firme, luego se clasificaron por temática, se agruparon en cada una de las etapas del proceso de cobro de la participación en plusvalía, se analizaron los argumentos de la parte demandante, los de la demandada y la decisión.

Finalmente se obtuvieron conclusiones acerca de la legalidad de los trámites adelantados por la ciudad de Bogotá, dentro del procedimiento de cálculo, liquidación, exigibilidad y cobro de la participación en plusvalía.

Discusión

En Colombia, la Constitución Política (1991) otorga el derecho a la administración distrital o municipal a participar en las plusvalías ocasionadas como consecuencia de la expedición de acciones urbanísticas que otorguen beneficios.

La renovación urbana, implica la expedición de acciones urbanísticas que plasman en el territorio la idea de planeación que tiene determinada administración pública, pueden conceder beneficios como, por ejemplo, permitir en una determinada zona o subzona de la ciudad un uso más rentable o un mayor aprovechamiento del suelo en edificación.

Las normas para la aplicación de la participación en plusvalía fueron adoptadas en la ciudad de Bogotá, con la expedición del Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003. El recaudo de la participación en plusvalía es un procedimiento que contempla varias etapas.

La primera es la determinación del hecho generador de plusvalía, se trata de comparar los beneficios consagrados en la nueva norma o acción urbanística, con los contemplados en el ordenamiento anterior, ejercicio que se denomina estudio comparativo de norma. Si de la comparación resulta que la nueva norma contempla un uso más rentable u otorga un mayor aprovechamiento en edificabilidad, o los dos beneficios a la vez, se concluye que existe un hecho generador de plusvalía.

La segunda es el cálculo del efecto plusvalía, el cual consiste en realizar dos avalúos, uno teniendo en cuenta los beneficios otorgados en la acción urbanística y otro teniendo en cuenta la norma anterior a esta. Posteriormente se hace una resta tomando el resultado del avalúo aplicando la acción urbanística y el del ordenamiento anterior; si el resultado es positivo, se afirma que existe efecto plusvalía.

Pueden presentarse casos en los cuales, a pesar de existir un hecho generador de plusvalía, al realizar el ejercicio de cálculo del efecto plusvalía se obtenga un resultado negativo y se concluya que no existe efecto plusvalía. Lo anterior sig-

nifica que no siempre que la acción urbanística contemple un uso más rentable u otorgue un mayor aprovechamiento en edificabilidad, o los dos beneficios a la vez, por regla general exista un efecto plusvalía.

La tercera es la expedición y notificación del acto administrativo que contiene la liquidación del efecto plusvalía, frente al cual procede el recurso de reposición. Si la parte interesada interpone el recurso, esta etapa contempla la respuesta y notificación al mismo.

La cuarta es la inscripción del acto administrativo de liquidación del efecto plusvalía en el folio de matrícula inmobiliaria del predio sujeto al gravamen. En esta etapa se verifica que el acto administrativo de liquidación del efecto plusvalía haya adquirido firmeza, es decir, que el propietario o poseedor del predio sujeto al gravamen no haya interpuesto recursos frente a la liquidación o si existen recursos que estos estén resueltos y notificados en debida forma.

Una vez realizada esta actividad, se remite la liquidación del efecto plusvalía a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para que sea inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria. Para que la participación en plusvalía sea exigible, o pueda ser cobrada por la administración municipal o distrital, el acto administrativo de liquidación debe estar inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del bien objeto del gravamen y para que proceda el pago los propietarios deben realizar uno de los siguientes trámites:

- 1) Actos que impliquen transferencia de dominio: lo que involucra que el bien inmueble cambie de propietario de cualquier forma, como por ejemplo una compraventa o la constitución de una fiducia.

Existen negocios jurídicos que, si bien implican una inscripción en folio de matrícula inmobiliaria, no conllevan el cambio de propietario, como por ejemplo la constitución de una hipoteca, en estos eventos no hay obligación de pago.

Adicionalmente, existen normas que excluyen el pago de la participación en plusvalía para ciertos actos que implican transferencia de dominio, como, por ejemplo:

- a. La transferencia de dominio cuando se origine por procesos de enajenación voluntaria, forzosa y/o expropiación a favor del Distrito Capital, la sucesión por causa de muerte, liquidaciones de sociedad conyugal, prescripción adquisitiva del dominio y cesión anticipada obligatoria a favor del Distrito. [...].
- b. Tratándose de edificaciones sometidas al régimen de propiedad horizontal. (Acuerdo 682, 2017, art. 4)

- 2) Solicitud de licencia de construcción: se refiere a que el propietario o poseedor radique solicitud de licencia de construcción.

Existen normas que excluyen el pago de la participación en plusvalía para ciertos eventos que implican la expedición de licencia de construcción, como, por ejemplo:

- a. Cuando se trate de licencias de construcción en las modalidades de modificación, restauración, reforzamiento estructural, reconstrucción, cerramiento y demolición [...]. b. En trámites de modificación de licencia vigente no será exigible el pago del tributo, toda vez que no se trata de una nueva licencia y que las modificaciones deben resolverse aplicando las normas urbanísticas y demás reglamentaciones que sirvieron de base para su expedición. (Acuerdo 682, 2017, art. 4)

Los propietarios y poseedores de los predios objeto del gravamen, al finalizar las etapas del procedimiento de recaudo, interpusieron demandas en contra del acto administrativo que contiene la liquidación del efecto plusvalía, oponiéndose al cobro manifestando que la administración de la ciudad de Bogotá, en alguna de las etapas del procedimiento, efectuó una interpretación por fuera de las normas, lo cual constituyó una violación al ordenamiento legal y/o constitucional. Las demandas instauradas fueron conocidas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado.

A continuación, se analizará la legalidad de los procedimientos adelantados por la administración de la ciudad de Bogotá en las etapas del procedimiento para el cobro de la participación en plusvalía, a través de los pronunciamientos

judiciales ejecutoriados, no susceptibles de recursos, dentro del periodo comprendido entre 2004 a 2016, en los cuales actuó como parte demandada.

Procedimiento de determinación del hecho generador de plusvalía

Vulneración del principio de irretroactividad tributaria

Se argumenta que, conforme al artículo 363 de la Constitución Política de Colombia (1991), existe una prohibición de aplicación retroactiva de la normatividad tributaria, es decir, las normas tributarias solo aplican hacia el futuro. Posteriormente se pone de presente que las normas para la aplicación de la participación en plusvalía fueron adoptadas en la ciudad de Bogotá, mediante el Acuerdo 118 (2003, diciembre 30), por ende, la administración está facultada para adelantar el referido trámite a partir de dicha fecha.

Los estudios existentes sugieren a la administración dar cuidadosa observancia a los principios tributarios y en particular de la norma constitucional que dispone que las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad en los procesos de elaboración de los proyectos de Acuerdo (Maldonado, 2003, p. 9).

En este acápite de la investigación, se analizarán las sentencias que se refieren a demandas en donde presuntamente la administración de la ciudad de Bogotá tuvo en cuenta como hecho generador de plusvalía, normas expedidas con anterioridad al 30 de diciembre de 2003.

El debate jurídico gira en torno a la interpretación del artículo 74 de la Ley 388 de 1997, el cual consagra los hechos generadores de plusvalía:

Artículo 74. Hechos generadores. Constituyen hechos generadores de la participación en la plusvalía de que trata el artículo anterior, las decisiones administrativas que configuran acciones urbanísticas según lo establecido en el artículo 8 de esta Ley, y que autorizan

específicamente ya sea a destinar el inmueble a un uso más rentable, o bien incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada. (Ley 388, 1997, art. 74)

De la lectura del artículo 74 de la Ley 388 de 1997, se observa que el hecho generador de plusvalía debe consistir en una autorización específica que permita destinar el inmueble a un uso más rentable, o bien incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada.

Los demandantes consideran que la autorización específica a la cual se refiere el artículo 74 de la Ley 388 de 1997 es la contenida en la acción urbanística, es decir, basta con la expedición de la norma urbana que permita acceder al uso más rentable, o incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, para que se configure el hecho generador de plusvalía.

La administración de Bogotá, por su parte, fundamentándose en la doctrina (Maldonado, 2003, p. 11; Vejarano, 2007, p. 94), expone que cuando el artículo 74 de la Ley 388 de 1997 se refiere a una autorización específica, la expedición de la acción urbanística no es suficiente para que se concrete el hecho generador de plusvalía, porque para que el predio pueda acceder al uso más rentable, o bien incrementar el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada, se requiere tramitar una licencia de construcción.

La tesis expuesta por la parte demandante fue acogida en los siguientes fallos:

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B
Magistrado: Fabio Castiblanco Calixto
Proceso: 250002327000200402089-01
Fecha de sentencia: 31/05/2007
Decisión: Desfavorable
Fundamento: Aplica retroactividad tributaria
Instancia: Primera (nota en firme improcedente recurso)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta
Magistrado: William Giraldo
Proceso: 25000232700020040207401(17083)
Fecha de sentencia: 31/05/2011

Decisión: Desfavorable
Fundamento: Aplica retroactividad tributaria
Instancia: Segunda
Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B
Magistrada: Beatriz María Martínez Quintero
Proceso: 11001333104020120006801
Fecha de sentencia: 05/12/2013
Decisión: Favorable
Fundamento: Aplica retroactividad tributaria
Instancia: Segunda

La decisión adoptada en los tres fallos expone la necesidad de distinguir dos momentos. El primero es la existencia del hecho generador de plusvalía, el cual, conforme al artículo 74 de la Ley 388 de 1997, se encuentra contenido en la acción urbanística, llámese plan parcial, tratamiento de desarrollo o UPZ. El segundo momento es la exigibilidad y cobro del gravamen, para el cual se requiere acreditar la existencia de una licencia de construcción, conforme al artículo 83 de la Ley 388 de 1997.

De esta manera se desvirtúa el argumento según el cual para que se configure el hecho generador de plusvalía, se requiere una autorización específica contenida en una licencia de construcción, dado que dicha autorización debe acreditarse para la exigibilidad y cobro del gravamen.

Los fallos se fundamentan con los siguientes argumentos:

Es decir, que, en virtud del principio de irretroactividad, para la liquidación del efecto plusvalía en el Distrito Capital, el hecho generador debe darse después de la entrada en vigencia del Acuerdo 118 de 2003. Como quiera que el hecho generador de la participación en plusvalía, en el asunto en examen, acaeció con la decisión administrativa contenida en el Decreto 298 del 16 de septiembre de 2003, y que a esa fecha no se había expedido el Acuerdo para la aplicación de dicho tributo en el Distrito Capital, la Administración no podía entrar a liquidar el efecto plusvalía aplicando disposiciones contenidas en el Acuerdo 118 de 2003, como lo determinó el a quo. (Giraldo, 2011, p. 19)

La tesis expuesta por la administración de Bogotá fue acogida en los siguientes fallos:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta
Magistrada: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez
Proceso: 25000232700020050026201(16532)
Fecha de sentencia: 05/12/2011
Decisión: Desfavorable
Fundamento: Nulidad artículo 2 del Acuerdo 118 de 2003
Instancia: Segunda

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta
Magistrado: Jorge Octavio Ramírez Ramírez
Proceso: 25000232700020110025201(19525)
Fecha de sentencia: 26/02/2015
Decisión: Favorable
Fundamento: No aplica retroactividad tributaria
Instancia: Segunda

En los dos fallos, se manifiesta que cuando el artículo 74 de la Ley 388 de 1997 y el artículo 3 del Acuerdo 118 de 2003 se refieren a una autorización específica, dicha autorización debe permitir acceder al mayor aprovechamiento en edificabilidad o al uso más rentable, por tanto, para que se concrete el hecho generador de plusvalía se requiere de la expedición de una licencia de construcción.

En este caso la licencia de construcción constituye la autorización específica, en tanto, mediante esta decisión administrativa se concreta el aumento de potencial de edificación de los predios en cuestión, ya que con el incremento del índice de construcción no basta. [...] La sala ha señalado que el hecho de que la norma que instrumente el POT (Decreto 075 del 20 de marzo de 2003) sea anterior a la adopción del tributo de la plusvalía en el distrito capital (Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003), no significa que el gravamen se aplique retroactivamente. (Ramírez, 2015, pp. 14 y 15)

Revisadas las situaciones que hacen exigible la participación en plusvalía, se observan los actos que impliquen transferencia del dominio sobre el inmueble objeto de cobro, (Ley 388 de 1997, art. 83), los cuales no permiten acceder a un uso más rentable o incrementar

el aprovechamiento del suelo permitiendo una mayor área edificada.

Si se tiene en cuenta que la administración adoptó la tesis según la cual el hecho generador de plusvalía se concreta cuando el predio pueda acceder efectivamente al beneficio contemplado en la acción urbanística, la cual cuenta con fundamentos doctrinales (Maldonado, 2003, p. 11; Vejarano, 2007, p. 94) y jurisprudenciales, es viable avanzar en una investigación con miras a suprimir dicha situación como momento de exigibilidad, pues no permite que se concrete el hecho generador de plusvalía.

Inexistencia del hecho generador de plusvalía

La parte demandante argumenta inexistencia del hecho generador de plusvalía, señala que la administración realizó de manera incorrecta el estudio comparativo de norma, toda vez que en el caso concreto existe un ejercicio de comparación previo entre el Acuerdo 6 de 1990 y el Decreto 075 de 2003. Posteriormente la administración de Bogotá expidió una nueva norma que derogó el Decreto 075 de 2003, y es el Decreto 059 de 2007.

El demandante señala que el ejercicio correcto es comparar el Decreto 075 de 2003 con el Decreto 059 de 2007, cuyo resultado sería que no existe hecho generador de plusvalía, pues al comparar las dos normas no existen beneficios. No obstante, la administración de la ciudad de Bogotá realizó el ejercicio comparativo de norma entre el Acuerdo 06 de 1990 y tomando como acción urbanística al Decreto 059 de 2007, y con este insumo liquidó el efecto plusvalía.

Frente al caso, la administración de la ciudad de Bogotá argumentó que el Decreto 059 de 2007 subrogó el Decreto 075 de 2003, lo reemplazó, mas no lo derogó y que adicionalmente, en el ejercicio comparativo de norma el Plan de Ordenamiento Territorial, POT, se debe tener en cuenta como una sola acción urbanística, es decir, siempre que exista una modificación, la última norma, en este caso el Decreto 059 de 2007, es la acción

urbanística y se compara con el ordenamiento anterior, en este caso el Acuerdo 06 de 1990.

La tesis expuesta por la administración de Bogotá fue acogida en el siguiente fallo:

Los decretos reglamentarios de la UPZ no constituyen una sola acción urbanística, [...] si bien la acción urbanística anterior al Decreto 056 de 2007, es el Decreto 075 de 2003, lo cierto es que puede tomárseles para adelantar el estudio comparativo a efectos de verificar, el hecho generador de plusvalía, pues ambos autorizan las mismas posibilidades constructivas [...] la administración acertó al contrastar el Decreto 056 de 2007, con el Acuerdo 6 de 1990, reglamentado por el Decreto 736 de 1993, como quiera que entre uno y otro sí fue posible verificar la existencia de beneficios. (Rodríguez, 2015, p. 27)

No se comparte el argumento expuesto por la administración y asumido en sede judicial, conforme al cual el POT debe ser considerado como una única acción urbanística que se debe comparar con el ordenamiento anterior, por las siguientes razones:

- 1) Si se tiene en cuenta que el Decreto 075 fue otorgado el 20 de marzo de 2003, fecha anterior a la expedición del Acuerdo 118 del 30 de diciembre de 2003 que implantó la participación en plusvalía en Bogotá, se observa que la administración al proferir el Decreto 056 de 2007, buscaba liquidar la participación en plusvalía evadiendo la vulneración al principio de irretroactividad tributaria, pues las dos normas entendidas como acción urbanística contemplan los mismos beneficios.
- 2) En el evento en que exista un primer ejercicio que compare una UPZ con el ordenamiento anterior (Acuerdo 06 de 1990) cuyo resultado genere un pago de la participación en plusvalía por concepto de un beneficio. Si la UPZ es modificada incrementándolo al compararla con el ordenamiento anterior (Acuerdo 06 de 1990), se estaría constituyendo un pago en exceso, pues no se descontaría lo cobrado en el primer ejercicio. En estos casos, lo idóneo es efectuar el estudio comparativo

de norma entre la UPZ y la modificación de esta, para efectos de evitar pagos adicionales por el mismo beneficio.

Procedimiento de cálculo del efecto plusvalía

Método utilizado para determinar el valor del efecto plusvalía

Se argumenta que la administración de la ciudad de Bogotá no tuvo en cuenta los procedimientos contemplados en la Ley 388 de 1997, para efectos de realizar el cálculo del efecto plusvalía y para establecer el área del bien inmueble sujeto al gravamen.

La administración de Bogotá señala que dentro de los trámites de cálculo del efecto plusvalía se tuvieron en cuenta los parámetros establecidos en la Ley 388 de 1997 y demás normas reglamentarias del nivel nacional y las normas distritales.

Los argumentos de los demandantes fueron acogidos en la siguiente sentencia:

La liquidación del efecto plusvalía tiene el siguiente trámite; primero: se establece el precio comercial de referencia antes de la acción urbanística, obteniendo el precio de referencia; segundo: se determinan el número de metros cuadrados que se estiman como objeto del efecto plusvalía, esto es el área potencial de edificación autorizada; finalmente los dos valores, el precio de referencia y el área potencial de edificación autorizada se multiplican y dividen entre el área de predio objeto de gravamen y se obtiene el valor de plusvalía, y a dicho valor se le aplica la tarifa en el caso de Bogotá el 50%. En el caso en estudio al aplicar la fórmula el valor a pagar por la parte demandante es de \$15.483.000, y se habían pagado \$152.777.000, motivo por el cual se aceptan las pretensiones, se revoca la sentencia de primera instancia y se declara la nulidad de las resoluciones de liquidación. (Navarro, 2016, pp. 36-38)

Exigibilidad y cobro de la participación en plusvalía

Liquidación de aforo

Para abordar este tema y comprenderlo con mayor claridad resulta procedente realizar un breve recuento normativo.

La Ley 388 de 1997, en su artículo 73, señala que los concejos distritales establecerán, mediante acuerdos de carácter general, las normas para la aplicación de la participación en la plusvalía en sus respectivos territorios. En la ciudad de Bogotá, se expidió el Acuerdo 118 de 2003, el cual en su artículo 2.º señalaba la obligación de declarar la participación en plusvalía en los siguientes términos:

Artículo 2º. Personas obligadas a la declaración y el pago de la participación en plusvalías. Estarán obligados a la declaración y pago de la participación en plusvalías derivadas de la acción urbanística del Distrito Capital, los propietarios o poseedores de los inmuebles respecto de los cuales se configure el hecho generador. (Acuerdo 118, 2003, art. 2)

La administración de la ciudad de Bogotá, amparada en la obligación de declarar la participación en plusvalía, realizó procesos de cobro a todas aquellas personas que no presentaron la correspondiente declaración, procedimiento denominado *liquidación de aforo* el cual está contemplado en el artículo 717 del Estatuto Tributario de 1989 en los siguientes términos:

Artículo 717. Liquidación de aforo. Agotado el procedimiento previsto en los Artículos 643, 715 y 716, la Administración podrá, dentro de los cinco (5) años siguientes al vencimiento del plazo señalado para declarar, determinar mediante liquidación de aforo, la obligación tributaria al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que no haya declarado. (Decreto 624, 1989, art. 717)

Los tratadistas observaron la minuciosidad de la administración en la elaboración de todos los informes sobre el proceso de cálculo y liquidación de la plusvalía, lo cual tuvo como objetivo, ade-

más de dar respuesta a la exigencia del Acuerdo 118 de 2003, documentar y respaldar de manera detallada todo el proceso, previendo demandas contra este (Vejarano, 2007, p. 99).

Existe un expediente que estudió la nulidad de la expresión *declaración* contenida en el artículo 2.º del Acuerdo 118 de 2003. La parte demandante señala que en la Ley 388 de 1997 no se contempla la obligación de declaración de la participación en plusvalía. La administración de la ciudad de Bogotá indicó al respecto que la Ley 388 de 1997 no es clara al señalar la forma de recaudo de la participación en plusvalía, ni cómo debía hacerse control. Aunque la ley no autoriza específicamente la declaración privada como mecanismo de recaudo, vale la pena tener en cuenta que, para efectos de administración de tributos, son aplicables las normas del Estatuto Tributario sobre procedimiento, sanciones, declaración, recaudación, fiscalización, determinación y cobro.

En sentencia de segunda instancia el Consejo de Estado asume la tesis de la parte demandante y declara la nulidad de la expresión *declaración* contenida en el artículo 2.º del Acuerdo 118 de 2003:

Específicamente, la norma acude a la figura de acto administrativo, que según el concepto doctrinal y jurisprudencial usualmente reconocido, se concibe como la expresión de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas que cambie el ordenamiento jurídico, es decir, que por sí mismo cree, modifique o extinga una situación jurídica. [...] De la disposición de la Ley 388 de 1997 no surge la obligación de presentar una autoliquidación, pues su texto se refiere a la expedición de un acto administrativo llamado "liquidación" a cargo del distrito capital, sin que tal exigencia pueda hacerse por remisión expresa al Estatuto Tributario Nacional. (Ortiz, 2011, pp. 38 y 39)

Conforme a lo anterior, se señala que en el artículo 81 de la Ley 388 de 1997 no existe la obligación de realizar la declaración de la participación en plusvalía, tesis que es evidentemente cierta, no obstante, el despacho de conocimiento

no se percató de la redacción del artículo 83 de la referida norma, el cual, antes de la modificación efectuada mediante el artículo 181 del Decreto 019 de 2012, contemplaba la declaración del efecto plusvalía para efectos de exigibilidad del gravamen.

Si se observa con detenimiento, se puede concluir que el despacho de conocimiento abordó el tema objeto de estudio de manera desafortunada, por las siguientes circunstancias:

- 1) Se trataba de una norma que se refería a la exigibilidad del tributo, es decir, se debió estudiar teniendo en cuenta el artículo 83 de la Ley 388 de 1997, el cual reglamenta el tema de exigibilidad y cobro de la participación en plusvalía.
- 2) Al revisar el artículo 83 de la Ley 388 de 1997, se observa que en la redacción se utiliza la expresión *respecto del cual se haya declarado un efecto de plusvalía*, de donde se tiene que debe existir una declaración para que opere la exigibilidad de la participación en plusvalía.
- 3) La Ley 388 de 1997 no reglamentó el aspecto de declaración del efecto plusvalía y al existir un vacío normativo la administración de la ciudad de Bogotá acertó al afirmar que se debía remitir al Estatuto Tributario.
- 4) La Ley 388 de 1997 presenta una redacción confusa; en el artículo 81 señala un procedimiento para efectuar la liquidación del efecto plusvalía y en el artículo 83, que reglamenta el tema de exigibilidad, se refiere a la declaración del efecto plusvalía.
- 5) La modificación del artículo 83 de la Ley 388 de 1997, efectuada mediante el artículo 181 del Decreto 019 del 10 de enero de 2012, aclara el tema suprimiendo la expresión *respecto del cual se haya declarado un efecto de plusvalía*, (Ley 388 de 1997, art. 83) y en su lugar utiliza la expresión *respecto del cual se haya liquidado e inscrito en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria*, un efecto de plusvalía (Decreto 019, 2012, art. 181).

Como impacto directo de la declaratoria de nulidad de la expresión *declaración* contenida en el artículo 2.º del Acuerdo 118 de 2003, se observa el siguiente proceso, en el cual la sentencia de

primera instancia fue favorable a la administración de la ciudad de Bogotá, pero el fallo de segunda instancia fue desfavorable teniendo en cuenta la declaratoria de nulidad ya referida:

Si la obligación de declarar la participación en plusvalía establecida en el artículo 2 del Acuerdo 118 de 2003, fue anulada no constituye infracción el hecho de omitir presentar esa declaración y, por ende, no hay lugar a la declaración de aforo, ni a la sanción por no declarar. (Bastidas, 2016, p. 25)

Existe un expediente que analiza los errores en el proceso de liquidación de aforo, se demostró que fue extemporáneo. Valga recordar que, conforme al artículo 717 del Estatuto Tributario (1989), las entidades públicas tienen un término máximo de cinco años para hacer el referido procedimiento. Este expediente únicamente tiene sentencia de primera instancia, pero se encuentra en firme, en razón de que no se interpuso recurso para acudir a la segunda instancia:

En el caso en estudio la solicitud de licencia se realizó el 27 de enero de 2005, es decir, la administración tenía hasta el 27 de enero de 2010 para expedir la resolución de aforo. La administración expidió la resolución de aforo, pero la notificó el 30 de enero de 2010, es decir, por fuera del término de los 5 años consagrado por el artículo 717 del Estatuto Tributario Nacional, lo que genera que los actos de liquidación estén viciados de nulidad. (Jaimes, 2012, pp. 9 y 10)

Pre cálculo

El Decreto 084 de 2004 en su artículo 8 señalaba como un requisito para el trámite de expedición de licencia de construcción el pago de la participación en plusvalía. En el evento de no existir una liquidación definitiva, la norma contemplaba, para efectos de continuar con el trámite de expedición de la licencia de construcción, la opción de efectuar la presentación y pago de una declaración de autorretención de la participación en plusvalía, trámite al cual se denominaba *pre cálculo* en los siguientes términos:

Artículo 8. Exigibilidad de la participación en plusvalía. [...] Parágrafo primero. Cuando al momento de expedición de la licencia de urbanis-

mo o construcción [...], no se encuentre en firme el acto administrativo de cálculo del efecto plusvalía [...], el contribuyente puede optar por dar trámite a la licencia de urbanismo o construcción [...], acreditando la presentación y pago de una declaración de autorretención de la participación en plusvalía. (Decreto 084, 2004, art. 8)

En este aspecto se observa que los demandantes exponen que la administración tiene confusión en sus trámites, pues se presentó y pagó la declaración de autorretención (pre cálculo), y una vez expedida la liquidación definitiva se determinó que no había lugar a pago de participación en plusvalía. Se radicó la solicitud de devolución y fue negada sustentando que el cobro se amparó en el pre cálculo.

La administración de la ciudad de Bogotá señala que el trámite de la declaración de la plusvalía se encuentra amparado en el artículo 2 del Acuerdo 118 de 2003 y el pre cálculo está consagrado en el artículo 8 del Decreto 084 de 2004. La tesis de la parte demandante fue acogida en el siguiente fallo:

Se observa que la decisión que niega la devolución se fundamentó en un pre cálculo, el cual no había sido confirmado por la autoridad catastral. El pre cálculo es un acto de impulso o de trámite para la determinación del tributo, el cual no tiene la virtud de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. En este caso no existe obligación clara, expresa o exigible que constara en un acto administrativo definitivo, por lo cual el pago realizado carecía de causa legal, configurando pago de lo no debido. (Afanador, 2015, pp. 12 y 13)

Conclusiones

Los pronunciamientos judiciales ejecutoriados, dentro del periodo comprendido entre 2004 a 2016, en los cuales la administración actuó como parte demandada, referentes a las etapas del procedimiento para el cobro de la participación en plusvalía, evidencian los riesgos de vulneración del principio constitucional de irretroactividad tributaria y de demandas en

contra del Acuerdo 118 de 2003, señalados por la doctrina.

Los resultados muestran que el principio de irretroactividad tributaria debe analizarse teniendo en cuenta la interpretación del artículo 74 de la Ley 388 de 1997 que define los hechos generadores de plusvalía, el cual señala que deben ser acciones urbanísticas que permitan destinar el inmueble a un uso más rentable o permitir una mayor área edificada, sin embargo, no se aclara si el predio debe acceder efectivamente al beneficio para que se constituya el hecho generador.

La administración, como argumento de defensa en la sede judicial, acogió la tesis conforme a la cual para que se configure el hecho generador de plusvalía, además del beneficio contemplado en la acción urbanística, se requería de la expedición de una licencia de construcción que le permita al predio acceder al mismo, de allí la necesidad de verificar si dicha teoría era aceptada, para efectos de comprobar la legalidad de las actuaciones de la administración.

Existen dos tesis expuestas por el Consejo de Estado en sentencias de segunda instancia. Las sentencias condenatorias que se apartan de los argumentos de defensa de la administración afirman que la licencia de construcción, entendida como autorización específica para que el predio acceda al beneficio contemplado en la acción urbanística, es un requisito para la exigibilidad conforme al artículo 83 de la Ley 388 de 1997.

En relación con el procedimiento de cálculo del efecto plusvalía, las sentencias son reiterativas en afirmar que se debe aplicar el procedimiento asignado a cada hecho generador de plusvalía. Si se trata de un uso más rentable, se debe aplicar lo señalado en el artículo 76 de la Ley 388 de 1997 y si se trata de mayor aprovechamiento en edificación se debe tener en cuenta el artículo 77 de la Ley 388 de 1997. Conforme a los resultados de esta investigación, se observa que los procedimientos de cálculo son distintos y una mala aplicación genera una vulneración de los derechos de los ciudadanos, así como una lesión a las finanzas de la ciudad.

En referencia a la exigibilidad y cobro de la participación en plusvalía, la administración

había realizado liquidaciones de aforo por el incumplimiento del deber de declaración de la participación en plusvalía consagrado en el artículo 2 del Acuerdo 118 de 2003.

Al analizar el trámite a la luz de la jurisprudencia, se observan dos situaciones:

- 1) Existen fallos que declaran la nulidad fundamentándose en que la liquidación se expidió extemporáneamente.
- 2) El Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2.º del Acuerdo 118 de 2003, generando como consecuencia que las sentencias favorables en primera instancia fueran desfavorables en segunda instancia a raíz de la declaratoria de nulidad.

Analizado el fallo que declaró la nulidad del artículo 2 del Acuerdo 118 de 2003, se concluye que a la fecha de su expedición se encontraba vigente la expresión respecto de la cual se haya declarado un efecto de plusvalía, (Ley 388, 1997, art. 83), aspecto que no fue estudiado en el contenido de la sentencia, sin que esto signifique que de haber sido estudiado el fallo hubiera sido favorable. Lo único que se quiere dejar presente es que la Ley 388 de 1997 tenía una redacción confusa; en unos apartes utilizaba la expresión *liquidación* y en otros *declaración*, expresiones que en derecho tributario tienen significados diferentes en cuanto a trámites y efectos.

Con respecto al recaudo y cobro de la participación en plusvalía, se observa que se debe adelantar un mecanismo muy complejo con varias etapas y que al final se encuentra supeditado a que el propietario o poseedor del bien inmueble objeto del gravamen solicite una licencia de construcción o realice actos que impliquen transferencia de dominio, generando cálculos inexactos, al comparar el monto liquidado con lo recaudado, pues puede suceder que un predio sea susceptible de pago, pero su propietario no esté interesado en solicitar licencia de construcción, ni en transferirlo, caso en el cual, a pesar de existir liquidación del efecto plusvalía, esta no será objeto de cobro.

El proceso de cálculo, liquidación, exigibilidad y cobro de la participación en plusvalía está en pleno desarrollo. La revisión de las decisiones de

la administración en sede judicial muestra que la Ley 388 de 1997 contiene una reglamentación que utiliza términos técnicos que, analizados desde la óptica del derecho tributario, se prestan para diversas interpretaciones, razón por la cual no existen tesis jurídicas unánimes por parte del Consejo de Estado, del Tribunal de Cundinamarca, ni de los juzgados administrativos de Bogotá, lo que genera que se presenten fallos desfavorables

Referencias

- Acuerdo 06. (1990). *Por el cual se adopta el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá y se dictan otras disposiciones*. Concejo de Bogotá D.C. Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=540>
- Acuerdo 118. (2003). *Por el cual se establecen las normas para la aplicación de la participación en plusvalía en Bogotá, Distrito Capital*. Concejo de Bogotá D.C. Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1102>
- Acuerdo 682. (2017). *Por el cual se modifican los acuerdos 118 de 2003 y 352 de 2008, se crea el Fondo Cuenta para el Cumplimiento o Compensación de Cargas Urbanísticas por Edificabilidad y se dictan otras disposiciones*. Alcalde mayor de Bogotá D.C. Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=69754>
- Afanador, P. (2015). *Sentencia expediente No. 11001333704120120012101*, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A.
- Bastidas, H. F. (2016). *Sentencia expediente No. 25000232700020110012301(19658)*, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Colombia. Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Decreto 019. (2012). *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, proce-*

- dimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Presidente de la República de Colombia. Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>
- Decreto 059. (2007). Por el cual se actualiza la normatividad vigente la reglamentación de la Unidades de Planeamiento Zonal (UPZ) No. 88 y 97, El Refugio y Chico Lago, ubicadas en la Localidad de Chapinero, adoptadas mediante Decreto 075 del 20 de marzo de 2003. Alcalde mayor de Bogotá D.C. Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22912>
- Decreto 075. (2003). Por el cual se reglamentan las Unidades de Planeamiento Zonal (UPZ) No. 88 y 97, El Refugio / Chico Lago, ubicadas en la localidad de Chapinero, y se expiden las fichas reglamentarias de los sectores delimitados en el presente decreto, así como la ficha de lineamientos para los Planes Parciales de Renovación Urbana y se incluyen áreas bajo este tratamiento. Alcalde mayor de Bogotá D.C. Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7187>
- Decreto 084. (2004). Por el cual se definen los lineamientos para regular la operatividad de la liquidación del efecto plusvalía y la determinación privada de la participación en plusvalía. Alcalde mayor de Bogotá D.C. Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=12808>
- Decreto 624. (1989). Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Presidente de la República de Colombia. Recuperado de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/pasaportes/archivos/decreto_624_1989.pdf Giraldo,%20W.%20(2011).%20Sentencia%20expediente%20No.%2025000232700020040207401(17083). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.
- Jaimes, T. I. (2012). *Sentencia expediente No. 11001333104220110011600*. Juzgado 13 Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, Sección Cuarta.
- Ley 388. (1997). Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República de Colombia. Recuperado a partir de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=339>
- Maldonado, M. (2003). Elementos básicos para la aplicación de la participación en plusvalía en Colombia. Recuperado de http://www.institutodeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/1_Docencia/Profesores/Maldonado_Maria_Mercedes/Ineditos/Elementos_Basicos-Maldonado_Mercedes.pdf
- Navarro, A. (2016). *Sentencia expediente No. 11001333704320130016801*. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B.
- Ortiz, C. T. (2011). *Sentencia expediente No. 25000232700020050026201(16532)*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.
- Ramírez, J. O. (2015). *Sentencia expediente No. 25000232700020110025201(19525)*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.
- Rodríguez, A. M. (2015). *Sentencia expediente No. 11001333104020120006502*. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión.
- Vejarano, M. (2007). Bogotá, D.C., Primera experiencia de recuperación de la plusvalía urbana para la colectividad en el marco de la ley de desarrollo territorial. Recuperado a partir de https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2099/5636/5_mariacravejerano.pdf