

OFICIO 220-243515 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2024

ASUNTO: INSOLVENCIA - PARTICIPACIÓN EN LA PLUSVALÍA - PRELACIÓN LEGAL

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, por medio del cual formula una consulta en los siguientes términos:

"(...)

¿Cuál es el tratamiento que debe otorgársele a las obligaciones que encuentran origen en la denominada participación en la plusvalía, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de los artículos 73 y siguientes de la Ley 388 de 1.997, reglamentada por el Decreto 19 de 2.012, a la hora de estructurar el proyecto de calificación, graduación de créditos, y determinación de derechos de voto, en el marco de los procesos concursales de reorganización empresarial y liquidación judicial?"

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020, modificado por el Decreto 1380 de 2021.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

De ahí que sus respuestas en esta instancia, no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o a sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos de insolvencia que se tramitan ante la Entidad, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las Superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como Juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a responder la inquietud planteada en el escrito de petitorio:

"¿Cuál es el tratamiento que debe otorgársele a las obligaciones que encuentran origen en la denominada participación en la plusvalía, incorporada

al ordenamiento jurídico colombiano a través de los artículos 73 y siguientes de la Ley 388 de 1.997, reglamentada por el Decreto 19 de 2.012, a la hora de estructurar el proyecto de calificación, graduación de créditos, y determinación de derechos de voto, en el marco de los procesos concursales de reorganización empresarial y liquidación judicial?”

Los artículos 82 y 338 de la Constitución Política, en torno de la PLUSVALIA, prescriben lo siguiente:

"Artículo 82. *Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.*

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

(...)

Artículo 338. *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.*

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

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." (Subraya y negrilla fuera de texto).

Desde el punto de vista del desarrollo legal del tributo, el artículo 73 de la Ley 388 de 1997 establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 73.- Noción. *De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 de la Constitución Política, las acciones urbanísticas que regulan la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano incrementando su aprovechamiento, generan beneficios que dan derecho a las entidades públicas a participar en las plusvalías resultantes de dichas acciones. Esta participación se destinará a la defensa y fomento del interés común a través de acciones y operaciones encaminadas a distribuir y sufragar equitativamente los costos del desarrollo urbano, así como al mejoramiento del espacio público y, en general, de la calidad urbanística del territorio municipal o distrital.*

Los concejos municipales y distritales establecerán mediante acuerdos de carácter general, las normas para la aplicación de la plusvalía en sus respectivos territorios.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-249/19¹, cataloga a la plusvalía como una contribución en los siguientes términos:

"(...)

6.2. Antes de la resolución del cargo, la Sala realizará algunas precisiones relacionadas con el tributo de la partición de la plusvalía y su trámite de liquidación, así como cobro.

El artículo 181 del Decreto 019 de 2012 modificó el artículo 83 de la Ley 388 de 1997, el cual en su capítulo IX fija el ordenamiento territorial de los municipios y regula la participación en la plusvalía de las instituciones públicas. Esa contribución se define como el aumento del valor del suelo derivado de las acciones urbanísticas [77] que realiza la administración [78]. Ese tributo tiene fuente constitucional en el artículo 82 Superior, norma que reconoce el derecho que tienen las entidades públicas a participar en la plusvalía que produce la acción urbanística. En efecto, esa contribución grava el mayor valor que asumen los inmuebles como resultado de las acciones urbanísticas que son implementadas por las entidades públicas frente a la utilización del suelo y espacio aéreo urbano.

(...)

*Al respecto, la Sala Plena estima que el requisito de inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria de la participación de la plusvalía para exigir ese gravamen se encuentra dentro de la órbita de la habilitación que otorgó el Congreso al Presidente de la República en la Ley 1474 de 2011. Lo anterior, en razón a que pretende promover la eficacia de la gestión pública y el control de la misma, a través del rediseño o modificación de un procedimiento innecesario en la fase de **cobro del tributo** [89]. La medida cuestionada por la ciudadana busca dar publicidad a la causación y liquidación de la plusvalía, conocimiento que puede beneficiar al propietario y a los futuros compradores, dado que pueden pasar años entre la expedición del Plan de Ordenamiento Territorial que cambia el uso del suelo y la emisión del acto particular que concreta su destinación, eventos en que opera el hecho generador de ese tributo. Es más, dicha regulación desarrolla los principios de transparencia, confianza legítima y buena fe de los contribuyentes, pues éstos tendrán conocimiento de los efectos de la plusvalía y el momento en que debe pagarse.*

(...)

*La norma demandada mejoró la anterior, en cuanto precisó el momento de exigibilidad del tributo. Con ello, **se aumentó la eficiencia del recaudo de la***

¹ Disponible en el siguiente Link:

https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30036591#ver_30192179

contribución, debido a que registrar la plusvalía en el folio de matrícula inmobiliaria es un paso indispensable para cobrar la mencionada contribución. Se trató de modificar un procedimiento innecesario, al maximizar la eficiencia tributaria [90], dado que se hace más sencillo su cobro.

(...)

6.3.2. En segundo lugar, la Corte Constitucional considera que la norma demandada no modificó algún elemento de la contribución de la plusvalía que hiciera parte del ámbito de reserva estricta del principio de legalidad de los tributos, previsto en el artículo 338 Superior. En la parte motiva de esta decisión se precisó que el principio de legalidad implica que el legislador, las asambleas y los concejos deben fijar los aspectos esenciales de los tributos, como son los sujetos pasivos y activos, el hecho generador, la base gravable y la tarifa (...)." (Subraya y negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, el Consejo de Estado – Sección Cuarta en sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Consejera Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, señalo lo siguiente:

"(...)

Por su parte, la doctrina ha definido la participación en la plusvalía como "un verdadero tributo inmobiliario que grava el incremento de valor de los inmuebles que resulta de las actuaciones urbanísticas que determina la ley"¹⁰ y en esos términos la considera como una clase de contribución, pero diferente a las tradicionales contribuciones de valorización¹¹. (...)

10 CAMACHO MONTOYA. Álvaro. "LA PLUSVALÍA: UN NUEVO TRIBUTOS INMOBILIARIO". Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 2003, página 11.

11 Sentencia de 5 de diciembre de 2011, Exp. 16532, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, que cita autos de 18 de marzo de 2010, Exp. 17951 C.P. Dr. William Giraldo Giraldo y del 25 de noviembre de 2010, Rad. 18476, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia."

A su vez, la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades, mediante Auto 400-004202 del 25 de mayo de 2019 manifestó lo siguiente:

"(...)

El artículo 74 de la ley 388 de 1997 señala que el hecho generador **del tributo de plusvalía** son las decisiones administrativas que configuran acciones urbanísticas por medio de las cuales se autoriza destinar el inmueble a un uso más rentable del suelo. Con fundamento en dicho argumento, el Despacho en la decisión recurrida entendió **que el tributo de plusvalía** se causó desde la promulgación del Decreto 225 de 2009 y que en consecuencia debía considerarse un crédito pre-concurso y que adicionalmente se encontraba postergado por no cumplir la carga señalada en el artículo 48.5 de la ley 1116 de 2006." (Subraya y negrilla fuera de texto)

Por su parte, mediante Oficio 220-061074 del 10 de junio de 2019, este Despacho tuvo la oportunidad de referirse a la prelación legal que tienen las contribuciones para efectos de la calificación y graduación de créditos dentro de los procesos de insolvencia:

"(...)

*En cuanto a los que se consideran **créditos del fisco** es de resaltar que son tales aquellos relativos al erario, al tesoro público o al conjunto de organismos públicos que se ocupan de la recaudación de impuestos, y que las **contribuciones hacen parte del concepto de impuesto o tributo** "en términos del artículo 338 de la Constitución Nacional, pues constituyen 'las prestaciones pecuniarias establecidas por la autoridad estatal, en ejercicio de su poder de imperio, para el cumplimiento de sus fines'"¹⁵.*

Con base en estas disposiciones, esta Oficina ha considerado de tiempo atrás que las contribuciones parafiscales están comprendidas dentro del concepto "créditos del fisco" y, por ende, gozan de la preferencia reconocida en la ley civil a los créditos de primera clase.

En efecto, en el Oficio 220-034911 del 25 de mayo de 2012, aclarado en el Oficio 220-084440 del 24 de septiembre de 2012, se precisó:

"(...)

De lo expuesto, se concluye que la ley estableció una prelación de créditos para que ellos, en un momento determinado, se paguen en el orden legal establecido, ya que debido al privilegio unos acreedores se encuentran en situación más favorable que otros, por cuanto en una relación de pagos puede llegarse al evento que alguno o algunos de los créditos reconocidos sean totalmente satisfechos y que otros queden insolutos total o parcialmente.

Visto lo anterior, se precisa traer a colación el orden en que se deben pagarse los créditos dentro de un proceso concursal, de acuerdo a la ley, así: a) Pago de mesadas pensionales atrasadas (Sentencia T458/97 del 24 de septiembre de 1997 de la Corte Constitucional); b) Gastos de administración; y c) Créditos reconocidos o admitidos dentro del proceso, las cuales se califican y gradúan teniendo en cuenta la siguiente prelación: primera clase artículo 2495 del Código Civil), segunda clase (artículo 2497 ibídem), tercera clase (artículo 2506 ejusdem), cuarta clase (artículo 2506 op.cit.), quinta clase (artículo 2506). También existe la calificación de otros créditos: condicionales o litigiosos.

*Ahora bien, los **créditos de la primera** clase gozan de la preferencia general, porque pueden hacerse efectivos preferentemente sobre todos los bienes de deudor, afectando los bienes adscritos a los créditos de la segunda y tercera clase.*

***Pertencen a esta categoría**, de conformidad con el artículo 2495 del Código Civil, y demás normas que lo complementan, entre otros, los siguientes créditos: 1) laborales; 2) los causados a favor de las sociedades administradoras de fondos*

de pensiones y cesantías (Ley 50 de 1990 y Ley 100 de 1993); 3) **los fiscales**, esto es, los causados a favor de la Nación (DIAN, Departamentos y Municipios); y 4) parafiscales a favor de las Cajas de Compensación Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje SENA e I.C.B.F. (Negrilla fuera de texto).

Tales acreencias deben pagarse totalmente con la prelación antes señalada, siempre y cuando exista los suficientes recursos para el efecto, pues si éstos son insuficientes dichas acreencias se pagarían en el orden de prelación y a prorrata sobre el monto total de activos a distribuir en cada una de las categorías que conforman el numeral 6 del artículo 2495 del Código Civil, y por ende, en esta categoría podrían quedar créditos insolutos total o parcialmente.

ii) Como es sabido, la ley determina el orden y la prelación en que deben pagarse los créditos a cargo del deudor concursado, por lo tanto, el promotor o el liquidador al momento de hacer la graduación de los mismos deberá tener en cuenta la prelación para el pago señalada en el Código Civil y demás normas concordantes, que clasifica los créditos en cinco categorías según la naturaleza de los mismos, de las cuales las cuatro primeras son preferenciales.

Sin embargo, dentro de determinada categoría de créditos puede existir una prelación de pagos, como es el caso de **la primera clase**, entre otros, los que nacen de las siguientes causas: a) mesadas pensionales atrasadas; b) laborales (créditos ciertos y exigibles a favor de los trabajadores por concepto de salarios, vacaciones, intereses e indemnizaciones, etc.); c) los créditos causados a favor de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, por concepto de aportes (Leyes 50 de 1990 y 100 de 1993); **d) los fiscales**, esto es, los causados a favor de la nación (DIAN, los departamentos y los municipios **por concepto de impuestos, tasas y contribuciones**; y e) parafiscales, es decir, aquellos que a pesar de no tener origen en impuestos, tasas y contribuciones la ley los asimila a éstos y son los causados a favor de las entidades públicas, a saber: Cajas de compensación familiar, I.C.B.F. y SENA, por concepto de aportes en el porcentaje señalado en la ley (Ley 7 del 24 de enero de 1979).

iii) Luego, tal como quedó demostrado dentro de esta categoría las entidades del estado anteriormente señaladas tienen una prelación para su pago, dependiendo de la naturaleza del crédito, y por contera, pueden hacerse efectivos preferentemente sobre todos los bienes del deudor, afectando incluso los bienes adscritos a los créditos de la segunda y tercera clase.

iv) El Código Civil a partir del artículo 2495 y siguientes y demás normas concordantes (Ley 100 de 1993, artículo 10 del Decreto 2610 de 1979, Ley 7 de 1979, artículos 25 y 51 de la Ley 1116, entre otros,) clasifica los créditos en cinco categorías según la naturaleza de los mismos, de las cuales las cuatro primeras son preferenciales.

No obstante, es de advertir que las causas de preferencia de las cuales gozan ciertos créditos, constituyen una excepción al principio del derecho común, es decir, al principio de igualdad de acreedores. La igualdad de los acreedores rige, como lo dice el artículo 2492 Código Civil, "(...) cuando no haya causas especiales

para preferir ciertos créditos (...)". Ello porque las preferencias de las cuales gozan ciertos créditos, determinan que un crédito se pague con antelación, con preferencia a otros y son, por tanto, una excepción al derecho común, una excepción al principio de la igualdad de los acreedores.

Por esto, las preferencias son de derecho estricto, las normas que las establecen deben interpretarse restrictivamente y no pueden aplicarse analógicamente (artículo 2508 Código Civil)."

Con base en lo expuesto, este Despacho considera que la denominada participación en la plusvalía, en los términos del artículo 73 de la Ley 388 de 1997, es un tributo cuya especie corresponde al de una contribución fiscal. Por lo tanto, su prelación legal dentro de los procesos de insolvencia, corresponde a la primera clase de créditos dentro de la categoría de créditos fiscales, de conformidad con lo previsto en el artículo 2495 del Código Civil.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Se invita al usuario a consultar en nuestra página WEB www.supersociedades.gov.co los conceptos y normativa emitidos por la entidad, así como la herramienta tecnológica Tesauro.