



Bogotá D.C., 15 de noviembre de 2022

Doctora
CAROL ANGIE PINZÓN RUIZ
Subdirectora de Control e Investigaciones al Transporte Público
Secretaría Distrital de Movilidad
NIT 899999061-9
Calle 13 No. 37 - 35
Correo electrónico: contactociudadano@movilidadbogota.gov.co
Bogotá D.C.

Referencia: Segundo requerimiento – Consulta devolución de excedentes Fondo para el Mejoramiento de la Calidad del Servicio FMCS.

CONCEPTO

Referencia	No 2022ER624518O1 del 12 de octubre de 2022
Descriptor general	Presupuesto, Administrativo
Descriptores especiales	Fideicomiso, excedentes de fiducia
Problema jurídico	1. ¿La devolución de dineros excedentes del FMCS a las empresas fideicomitentes podría operar de oficio? 2. Teniendo en cuenta que el FMCS está próximo a liquidarse, y no se puede extender más allá del año 2023. En caso de que no pueda operar de oficio la devolución de los excedentes, ¿Cuál es el termino con el que cuentan las empresas para solicitar la devolución?
Fuentes formales	Código Civil Código de Comercio Decreto Distrital 115 de 2003 Decreto Distrital 557 de 2021 Resolución 410 de 2019 expedida por la Secretaría Distrital de Movilidad Sentencias Corte Constitucional C-086 de 1995, C-368 de 2012, C-158 de 2021

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La Subdirección de Control e Investigaciones al Transporte Público de la Secretaría Distrital de Movilidad, previas consideraciones relacionadas con el funcionamiento del Fondo para el Mejoramiento de la Calidad del Servicio – FMCS y los recursos del Factor de Calidad del Servicio, ambos creados a través del Decreto Distrital 115 de 2003, consulta lo siguiente:

1. ¿La devolución de dineros excedentes del FMCS a las empresas fideicomitentes podría operar de oficio?
2. Teniendo en cuenta que el FMCS está próximo a liquidarse, y no se puede extender más allá del año 2023. En caso de que no pueda operar de oficio la devolución de los excedentes, ¿Cuál es el termino con el que cuentan las empresas para solicitar la devolución?

ANTECEDENTES

La entidad consultante refiere que, atendiendo a lo dispuesto en el Decreto Distrital 115 de 2003¹, se ordenó, entre otros aspectos, la reducción de la capacidad transportadora de las empresas de transporte público colectivo en función de las necesidades de movilización, y en consecuencia se adoptaron medidas para la reorganización de los servicios de transporte público colectivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá, racionalizando los equipos apropiados de acuerdo con la demanda.

Para este fin, se incluyó, en la tarifa del transporte público colectivo, el denominado “Factor de Calidad del Servicio”, el cual sería recaudado directamente por las empresas de Transporte Público Colectivo de Bogotá, con una destinación específica para la compra de los vehículos que se retirarían de circulación para la acreditación del índice de reducción de sobreoferta², por lo que se ordenó la constitución de un patrimonio autónomo a través del cual la fiduciaria administrara y utilizara estos recursos como fuente de pago, mientras que se facultó a la actual Secretaría Distrital de Movilidad para adoptar las medidas que resultaran pertinentes para dar cumplimiento a lo anterior³.

Bajo ese marco normativo, la solicitud del asunto menciona que las fiduciarias LLOYDS TRUST S.A. (hoy Fiduciaria SERVITRUST GNB Sudameris S.A.) y FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. (hoy CORFICOLOMBIANA S.A.), fueron las que cumplieron satisfactoriamente los requisitos establecidos para obtener la autorización tendiente a desarrollar las gestiones fiduciarias de que trata el Decreto Distrital 115 de 2003, la cual les fue otorgada mediante las Resoluciones 443 del 11 de septiembre de 2003 y 575 del 23 de junio de 2005 respectivamente.

Igualmente, se hace referencia a que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto Distrital 309 de 2009, a partir de la adjudicación de los contratos de operación del SITP (Licitación LP-TM-04-2009), los recursos disponibles del Factor de Calidad del Servicio creados a través del Decreto Distrital 115 de 2003 e incorporados a la tarifa del transporte público colectivo, se destinarán para la compra de vehículos del actual transporte público colectivo, de tal forma que se racionalice la oferta de vehículos de acuerdo con los estudios técnicos y la orientación que emita la Secretaría Distrital de Movilidad.

En cuanto a la devolución de los excedentes a las empresas fideicomitentes del Fondo para el Mejoramiento de la Calidad del Servicio -FMCS, la solicitud de concepto jurídico aduce de un lado, que la Cláusula 30 Parte VI de la Resolución 410 de 2019, estipula en relación con la liquidación del Fondo, que **“Una vez el FONDO cumpla con su objeto y haya atendido el total de las obligaciones contraídas, cada FIDUCIARIA ACREDITADA deberá proceder a la liquidación del FIDEICOMISO que administra. Liquidados la totalidad de los FIDEICOMISOS, se entenderá igualmente liquidado el FONDO. La liquidación de los FIDEICOMISOS y la del FONDO no implicarán la devolución a las EMPRESAS de dineros, en el caso de existir excedentes, los cuales deberán ser destinados para fines de mejoramiento de la calidad del servicio.”** (sic)

¹ "Por medio del cual se establecen criterios para la reorganización del transporte público colectivo en el Distrito Capital"

² Artículo 25, derogado por el artículo 17 del Decreto Distrital 557 de 2021.

³ Artículo 26.

De otra parte, en el párrafo del artículo 9 ibidem se menciona que: “*En caso de existir excedentes a favor del FIDEICOMITENTE, se optará por la devolución de los mismos, previa certificación por parte de la Autoridad de Tránsito y Transporte, de la inexistencia de capacidad transportadora para la correspondiente empresa de Transporte Público Colectivo de Bogotá D.C.*”

Sobre el particular, la Subdirección de Control e Investigaciones al Transporte Público de la Secretaría Distrital de Movilidad, elevó una consulta jurídica a la Dirección de Normatividad y Conceptos de la misma entidad, “*quienes mediante memorando 202252000199783 informaron que consideran de manera general que sí procede la devolución de recursos transferidos al fideicomiso Fondo para el Mejoramiento de la Calidad del Servicio, cuando estos excedan el valor de la liquidación efectuada por la Secretaría Distrital de Movilidad, pues ello constituye un pago de lo no debido, caso en el cual aplica lo establecido en el artículo 2313 del Código Civil, que señala: “ARTICULO 2313. PAGO DE LO NO DEBIDO. Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado”. (sic)*

No obstante, en el concepto aludido se hizo la salvedad de que la carga de la prueba está en cabeza de quien hizo la consignación, y que en caso de no haber un procedimiento específico, podría consultarse con la Secretaría Distrital de Hacienda si la devolución podría operar de oficio.

CONSIDERACIONES

El Decreto Distrital 557 de 2021 eliminó el factor de calidad del servicio para la compra de vehículos⁴, por lo cual se ordenó la terminación de los negocios fiduciarios y por ende la liquidación del fideicomiso del Fondo para el Mejoramiento de la Calidad del Servicio -FMCS con sus respectivos patrimonios autónomos, ordenando, por ende, dar aplicación a lo dispuesto en la cláusula 24 del contrato fiduciario y la cláusula 30 de la Resolución 410 de 2019⁵.

Partiendo de esta base, en materia de saldos o cuentas por cobrar en el marco de la liquidación del fideicomiso FMCS, el párrafo 2 del artículo 4 del Decreto Distrital 557 de 2021 dispuso lo siguiente:

(...) Parágrafo 2.- En el caso de existir saldos o cuentas por cobrar en el marco de la liquidación del fideicomiso Fondo para el Mejoramiento de la Calidad del Servicio – FMCS, estos recursos serán depositados en la Secretaría Distrital de Hacienda, donde deberán tener una destinación con la misma finalidad para la que fueron recaudados. (...)

Por su parte, un apartado de la cláusula 30 de la Resolución 410 de 2019 reguló lo atinente a la liquidación del FMCS, de este modo:

(...) CLÁUSULA 30. LIQUIDACIÓN DEL FONDO: Una vez el FONDO cumpla con su objeto y haya atendido el total de las obligaciones contraídas, cada FIDUCIARIA ACREDITADA deberá proceder a la liquidación del FIDEICOMISO que administra.

⁴ Artículo 3.

⁵ Artículo 4.

(...)

Al término de los contratos, se liquidarán los FIDEICOMISOS, sin que la liquidación implique en ningún caso la entrega de recursos a las EMPRESAS fideicomitentes. La FIDUCIARIA ACREDITADA permanecerá con la administración de los recursos hasta tanto, la SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD determine su destinación, la cual deberá ser para fines de mejoramiento de la calidad del servicio.

En el caso de existir excedentes de caja después de haber cumplido con el total de las obligaciones contraídas por el FONDO, la SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD podrá disponer de los mismos, únicamente con fines relacionados para el mejoramiento de la calidad del servicio del transporte público de la ciudad de Bogotá D.C. (...)

De la lectura de la norma y reglas precitadas, se observa que se cierra la posibilidad de devolver dineros a las empresas de transporte público fideicomitentes en el marco de la liquidación del FMCS.

No obstante lo anterior, cabe referir que la entonces Secretaría de Tránsito y Transporte expidió la Resolución 392 de 2003, modificada por la Resolución 497 de 2005, por la cual se establecieron las reglas para la fijación del índice de reducción de sobreoferta de vehículos para el mejoramiento de la calidad del servicio, la operación del sistema centralizado de recaudo de la tarifa del servicio de transporte colectivo de pasajeros, así como los parámetros para su administración y aplicación.

Bajo ese entendido, el artículo 11 de la Resolución 392 de 2003, indicó que la Secretaría Distrital de Movilidad tenía a su cargo liquidar el índice de reducción de sobreoferta para el mejoramiento de la calidad del servicio que debería acreditar cada empresa, tomando en consideración lo establecido en el artículo 21 del Decreto Distrital 115 de 2003, aspecto que fue modificado por las Resoluciones 495 de 2004 y 89 de 2009. De conformidad con tales disposiciones, con base en esta liquidación las empresas de transporte público procedían a consignar el valor del recaudo en la cuenta que determinaba la Fiduciaria, so pena de las sanciones que la Secretaría Distrital de Movilidad imponía por el incumplimiento de lo anterior.

Es decir que solo y exclusivamente en este contexto es donde, en línea con lo manifestado por la Secretaría Distrital de Movilidad, podría surgir la eventual posibilidad de devolver dineros a favor de las empresas de transporte fideicomitentes que celebraron o se adhirieron a los contratos de fiducia, esto es, que la liquidación efectuada por la Secretaría Distrital de Movilidad para el pago del Factor Calidad, haya excedido el monto a pagar por parte de la empresa de transporte obligada al pago, ya que una negativa respecto a esta posibilidad, podría configurar un pago de lo no debido conforme lo establece en el artículo 2313 del Código Civil, como bien lo infiere la Dirección Técnica de Normatividad y Conceptos de la Secretaría Distrital de Movilidad en su concepto con radicado 202252000199783 del 15 de agosto de 2022.

Adicionalmente, lo anterior encuentra fundamento en la cláusula 9 de la Resolución 410 de 2019, cuyo tenor literal es el que se expresa a continuación:

(...) **CLÁUSULA 9:** La Subdirección de Control e Investigaciones al Transporte Público de la SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD informará a la FIDUCIARIA LÍDER la suspensión del cobro del FACTOR DE CALIDAD, lo cual será determinado una vez concluya la implementación del SITP.

PARÁGRAFO: En caso de existir excedentes a favor del FIDEICOMITENTE, se optará por la devolución de los mismos, previa certificación por parte de la Autoridad de Tránsito y Transporte, de la inexistencia de capacidad transportadora para la correspondiente empresa de Transporte Público Colectivo de Bogotá D.C. (...)

Una vez efectuada la operación descrita, es imperativo dar aplicación a lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto Distrital 557 de 2021 y la cláusula 30 de la Resolución 410 de 2019, esto es, depositar los saldos o cuentas por cobrar en el marco de la liquidación del FMCS, a la Secretaría Distrital de Hacienda, donde deberán tener una destinación con la misma finalidad para la que fueron recaudados.

Precisado lo anterior, en cuanto a la posibilidad de devolver estos dineros de oficio, cabe referir que tanto la Resolución 410 de 2019 como el Decreto Distrital 557 de 2021 guardaron silencio al respecto, y no existen normas relacionadas que así lo dispongan, por lo cual, en criterio de esta Dirección, no es posible acudir a esta figura.

CONCLUSIONES

1. ¿La devolución de dineros excedentes del FMCS a las empresas fideicomitentes podría operar de oficio?

Lo primero que debe advertirse es que no es posible devolver saldos o excedentes en el marco de la liquidación del fideicomiso FMCS, pues estos deben ponerse a disposición de la Secretaría Distrital de Hacienda, tal como lo ordena el parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto Distrital 557 de 2021.

Sin perjuicio de lo anterior, y de llegar a establecerse que existen excedentes por devolver a las empresas de transporte público fideicomitentes en el ejercicio financiero del fideicomiso FMCS, o dicho de otro modo, que no se han atendido el total de las obligaciones contraídas, esta Dirección considera que no es procedente hacerlo de oficio por cuanto no existe disposición normativa que así lo permita.

2. Teniendo en cuenta que el FMCS está próximo a liquidarse, y no se puede extender más allá del año 2023. En caso de que no pueda operar de oficio la devolución de los excedentes, ¿Cuál es el término con el que cuentan las empresas para solicitar la devolución?

De conformidad con los términos de prescripción previstos en el artículo 2536 del Código Civil, el plazo que tienen las empresas de transporte público fideicomitentes para solicitar las devoluciones, es de cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia del hecho que genera la reclamación, esto es, el pago en exceso o de lo no debido.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda, solicito verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado.



De no ser así, por favor informe de manera inmediata a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

LILIANA ANDREA FORERO GÓMEZ

Directora Jurídica

laforero@shd.gov.co

Revisado por:	Javier Mora González – Subdirector Jurídico de Hacienda	
Proyectado por:	Guillermo Alfonso Maldonado Sierra - Profesional Especializado - Subdirección Jurídica	