



Bogotá, D. C.

Doctora
Diana Patricia Valderrama Alvarado
Subdirectora Técnica de Tesorería y Recaudo
Instituto de Desarrollo Urbano - IDU
Nit. 899999081-9
Calle 22 # 6 27 – CP: 110311
Teléfono: (57) (1) PBX 338 6660 ext. 1316
dianap.valderrama@idu.gov.co
Bogotá



CONCEPTO

Referencia	2022 5561237521 – IDU – Sin radicado SHD
Descriptor general	Tesorería
Descriptores especiales	Recursos de depósitos judiciales. Procedencia de pagos a través de encargo fiduciario. Tesorería de entidad descentralizada
Problema jurídico	¿Es procedente la celebración del contrato de encargo fiduciario, en relación con la gestión de pagos de depósitos judiciales?
Fuentes formales	Ley 80 de 1993 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de agosto de 2015. Expediente 11001-03-26-000-2010-00027-00(38637). Consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E) Concepto Unificador Secretaría Jurídica Distrital 2-2022-5937 del 19 de abril de 2022

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

El Instituto de Desarrollo Urbano, en adelante IDU, solicita concepto sobre la viabilidad de entregar para su administración, mediante encargo fiduciario, la gestión de pagos de depósitos judiciales, exclusivamente para el trámite de pago de los títulos por concepto de las expropiaciones por vía administrativa, así como la revisión de la documentación soporte de esta.

ANTECEDENTES

Manifiesta la consultante que el IDU cuenta con tesorería propia, la cual recauda y realiza los pagos con la debida verificación del cumplimiento de las disposiciones legales, de procedimiento y convenios vigentes, entre ellos los pagos de depósitos judiciales¹ de procesos de expropiación administrativa requeridos para la adquisición de predios, necesarios para la ejecución de proyectos integrales de infraestructura vial, transporte y movilidad multimodal. (DTDP).

¹ fraccionamiento o conversión de los títulos de depósito judicial

Con base en lo expuesto, el IDU solicita pronunciamiento respecto a la viabilidad de contratar un encargo fiduciario de administración y pagos. Explica que la solicitud de encargo fiduciario es únicamente para la fase que desarrolla la tesorería (gestión de pagos). Lo anterior con el fin que se pueda contar con el apoyo operativo de constitución del depósito, de análisis de documentos y posteriormente el pago del título de depósito judicial

CONSIDERACIONES

Con fundamento en los antecedentes planteados, procedemos a resolver su consulta.

Función tesorera pública

Lo primero que se debe precisar que la competencia tesorera pública de recaudo, administración, inversión y pagos puede ser realizada a través de terceros, por esta razón, las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia ofrecen productos autorizados de administración y pagos de recursos públicos.

Lo más frecuente ha sido la contratación de estos productos por parte de las entidades ejecutoras, en el marco de convenios interadministrativos a través de los cuales una de las entidades ejecuta los recursos de otra.

Si una tesorería considera que su operación puede ser realizada por un tercero, como ocurre con el recaudo que debe realizarse a través de bancos, puede realizar un convenio interadministrativo o la correspondiente contratación.

El Decreto Distrital 192 de 2021, “Por medio del cual se reglamenta el Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital y se dictan otras disposiciones”, establece respecto a la Tesorería Distrital:

Artículo 39°. Convenios interadministrativos de recaudo y de pagadurías delegadas. La Secretaría Distrital de Hacienda podrá celebrar con las entidades distritales los convenios interadministrativos que resulten necesarios para la recepción de los ingresos a favor del Distrito Capital y para la realización de pagos, en atención al volumen y complejidad de los mismos, en cuyo último caso la Dirección Distrital de Tesorería de la Secretaría Distrital de Hacienda transferirá los recursos correspondientes a la entidad con sujeción al Programa Anual Mensualizado de Caja - PAC aprobado.

Se debe tener en cuenta que para pagar en el régimen presupuestal público implica un proceso en el que participan un ordenador del gasto/pago y un pagador, y que en este caso no se trata de reemplazar al primero, al contrario, se deben adoptar todas las medidas pertinentes para su identificación y validación.

Entonces, se trata de reemplazar en la labor operativa al pagador, por uno que tenga la capacidad de recibir unas determinadas órdenes de pago, verifique el cumplimiento de todos los requisitos y realice con seguridad y oportunidad el giro a la cuenta bancaria que corresponda, con los recursos que se le entreguen en administración.

En salvaguarda de los recursos públicos se debe realizar la correspondiente matriz de riesgos y mitigarlos de manera suficiente, tanto en lo que correspondería hacer al IDU como al contratista.

Contratación del servicio

Los encargos fiduciarios y la fiducia pública son regulados por el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.²

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...) 5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

<Inciso modificado por el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán

² Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Tomado de la página web de la Secretaría del Senado de la República.

invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato. (Resaltado fuera del texto)

Recientemente, la Secretaría Jurídica Distrital³ se pronunció sobre la competencia legal de los establecimientos públicos del orden distrital para celebrar contratos de fiducia mercantil. Si bien la presente consulta se dirige a analizar una figura diferente como es el encargo fiduciario, en el mencionado concepto, con base en la normativa vigente, las sentencias y conceptos expuestos en este, y realizó las siguientes precisiones respecto del mencionado contrato, así:

1. El numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prevé la facultad de las entidades a las que se les aplica la misma, de celebrar encargos fiduciarios y contratos de fiducia pública, sin que las entidades fideicomitentes puedan delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.
2. El numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prevé que la selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa

³ Concepto Unificador 2-2022-5937 del 19 de abril de 2022.

observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en dicha ley, y que los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Pública, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

3. El numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 autorizó al sector público al que le son aplicables sus disposiciones para celebrar encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública, sin que por ello puedan transferir el dominio sobre los bienes o recursos estatales ni constituir patrimonios autónomos de la respectiva entidad.

4. El encargo fiduciario está instrumentado con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes.

5. Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Financiera tendrán únicamente por objeto la administración y manejo de recursos vinculados a contratos que tales entidades celebren.

6. A la fiducia pública o encargo fiduciario se le pueden aplicar las normas del Código de Comercio en cuanto sean compatibles con las siguientes salvedades: en la fiducia pública no hay transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitados; no se constituye patrimonio autónomo; la adjudicación de los contratos derivados de ella corresponde a la entidad estatal fideicomitente; la comisión de la sociedad fiduciaria no se puede cancelar con los rendimientos del fideicomiso, salvo que estos estén presupuestados. Lo anterior, es inaplicable en los casos en los cuales el legislador autoriza de manera expresa la constitución de patrimonios autónomos.

Con fundamento en lo precedente, el concepto señalado aclaró expresamente que la celebración de estos contratos debe enmarcarse en lo dispuesto en la legislación contractual y orgánico presupuestal y que la contratación por parte de las entidades distritales, sujetas al régimen de la Ley 80 de 1993, requiere autorización legal expresa.

“Según lo anterior, las entidades a las que les aplica la Ley 80 de 1993, pueden en virtud de lo previsto en el artículo 32, numeral 5 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, celebrar contratos de fiducia pública o encargos fiduciarios, para objetos y con plazos precisamente determinados, mediante licitación o concurso públicos, sujetos a las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente, entendida como la entidad pública contratante.

Tales contratos de fiducia pública o de encargo fiduciario, no podrán implicar la transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituir patrimonio

autónomo del propio[sic] de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

Para el efecto, corresponde a cada entidad en particular, dentro de su autonomía presupuestal y atendiendo a su capacidad para contratar, determinar la procedencia de celebrar contratos de fiducia pública o de encargos fiduciarios, de que trata el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que para efectos presupuestales, aplican los principios de planificación, anualidad, programación integral y especialización de que trata el artículo 13 del Decreto Distrital 714 de 1996, sin perjuicio de que en desarrollo de sus atribuciones y competencias, pueda optar por celebrar los citados contratos o encargos fiduciarios, para la administración o el manejo de los recursos de sus presupuestos.

Finalmente, es importante resaltar que este concepto referencia la reciente Sentencia de la Corte Constitucional C-269 de 2021, que complementa varios aspectos de la fiducia pública, y que puede ser revisada por el IDU, para efectos de contratar el manejo de los recursos de depósito judicial, objeto de la consulta.

A tono con lo expuesto, Consejo de Estado⁴ respecto del encargo fiduciario, ha puntualizado las diferencias y semejanzas que existen entre el encargo fiduciario y la fiducia mercantil.

“El encargo fiduciario es un tipo de contrato diferente de la fiducia mercantil contemplada en el Código de Comercio, el cual comparte el género de los negocios fiduciarios⁵ pero se diferencia de la fiducia mercantil básicamente porque la entrega de bienes en administración se realiza a *título no traslativo de dominio*⁶.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de agosto de 2015. Expediente 11001-03-26-000-2010-00027-00(38637). Consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E)

⁵ **Decreto-ley 663 de 1993 E.O.S.F.**

“Artículo 146. NORMAS GENERALES DE LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS.

1. Normas aplicables a los encargos fiduciarios. *En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto.”*

⁶ *Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Básica Jurídica 007 de 1996 (Hoy sustituida por Circular 029 de 2014, Parte II, Capítulo II, Título I DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES A LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS).*

“1.1 Concepto de Negocio Fiduciario

Para los efectos de este Capítulo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.) y en el Código de Comercio, se entiende por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una

Por lo tanto, aunque los bienes del encargo fiduciario se deben manejar en forma separada, dicho contrato no da lugar a la transferencia de propiedad de los mismos ni a la creación de un patrimonio autónomo (o conjunto de bienes separado y afecto a la finalidad del contrato) cuya propiedad se radica en cabeza de la fiduciaria, siendo esta última figura –la del patrimonio autónomo– una característica propia del del contrato de fiducia mercantil regulado en el Código de Comercio.

Igualmente se tiene presente que el encargo fiduciario, la fiducia mercantil y la fiducia pública prevista en la Ley 80 de 1993⁷ son modalidades del contrato fiduciario que revisten particularidades diferentes pero gozan de unas características comunes, especialmente aquella que se refiere a la nota esencial exigida por la ley en relación con la identificación de la finalidad o destinación específica para la cual se celebra el negocio fiduciario. Por esta característica, aunada a la de la entrega de bienes para ejecutar el referido fin, se puede observar que la fiducia es un contrato instrumental, un medio de apoyo para tratar de lograr un fin, el cual está categorizado en la legislación como un servicio financiero, aunque -como bien puede observarse- el objeto del contrato no se restringe necesariamente al manejo de dinero o valores y se puede extender a otro tipo de actividades en relación con los bienes materia de la gestión, dentro de la limitante que supone la propia capacidad legal del encargante o fideicomitente⁸.”

finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Dentro de este concepto se incluyen la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen o sustituyan.

Cuando haya transferencia de la propiedad de los bienes se estará ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio. Si no hay transferencia de la propiedad se estará ante un encargo fiduciario. Para la interpretación de los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1° del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.”

⁷ Ley 80 de 1993, artículo 32, Numeral 5.

“Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta Ley [este último referido a los fondos de inversión colectiva]. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.”

⁸ La fiducia no puede constituirse para desarrollar una actividad que de acuerdo con la ley no estaría permitida al constituyente o fideicomitente.

De acuerdo con lo expuesto, esta Dirección concluye que el IDU cuenta con la competencia jurídica para celebrar el encargo fiduciario para objetos y plazos claramente determinados, mediante licitación o concurso públicos, sujetos a las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control, a las cuales esté sujeta el IDU como entidad pública contratante.

Ahora bien, dentro de las modalidades de encargo fiduciario que puede utilizar el IDU para la gestión de pagos se encuentra el encargo fiduciario de administración y pagos. A título ilustrativo, esta figura ha sido utilizada por el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, Fondo Nacional de Vivienda, el cual, respecto de ella, en su instructivo: seguimiento a recursos entregados en administración, explicó lo siguiente:

“7.6.1.1.1. Encargo o Fiducia de administración y pagos La fiducia de administración y pagos corresponde a aquella en la cual se entregan recursos a una sociedad fiduciaria para que, junto con los ingresos que estos generen, se administre y se desarrolle la finalidad específica. Puede tener como finalidades el recaudo de derechos, el pago de obligaciones y la administración y venta de bienes.”

Entrega de recursos en efectivo y pago de obligaciones

Cuando los recursos se entreguen al encargo fiduciario para el pago de obligaciones, el MVCT y FONVIVIENDA debitarán la subcuenta 190803-Encargo fiduciario - Fiducia de administración y pagos de la cuenta 1908-RECURSOS ENTREGADOS EN ADMINISTRACIÓN y acreditará la subcuenta que corresponda de la cuenta 1110-DEPÓSITOS EN INSTITUCIONES FINANCIERAS o de la cuenta 4705-FONDOS RECIBIDOS, la subcuenta que corresponda de la cuenta de los grupos 13-CUENTAS POR COBRAR o 14-PRÉSTAMOS POR COBRAR cuando se originen en el recaudo de derechos a través del encargo fiduciario, o la subcuenta que corresponda de la cuenta del grupo 23- PRÉSTAMOS POR PAGAR cuando los recursos entregados en administración se originen en préstamos concedidos a la entidad. Los recursos entregados en encargo fiduciario de administración y pagos se mantendrán en dicha clasificación, con independencia de que la sociedad fiduciaria invierta temporalmente dichos recursos. Con el pago de las obligaciones, la entidad debitará la subcuenta de la cuenta que identifique el pasivo que se cancela y acreditará la subcuenta 190803-Encargo fiduciario - Fiducia de administración y pagos de la cuenta 1908-RECURSOS ENTREGADOS EN ADMINISTRACIÓN.⁹

De conformidad con lo expuesto, la tesorería del IDU puede hacer uso de la figura de encargo fiduciario de administración y pagos, el cual, debe registrarse bajo los lineamientos dados.

CONCLUSIONES

¿Es viable por parte del IDU entregar en encargo fiduciario el procedimiento de trámite de gestión de pagos de depósitos judiciales, exclusivamente, para el

⁹ <https://www.minvivienda.gov.co/sites/default/files/procesos/fra-i-06-instructivo-seguimiento-recursos-entregados-en-administracion-1.0.pdf>

trámite de pago de los títulos por concepto de las expropiaciones por vía administrativa con la revisión de la documentación soporte de estos?

De conformidad con lo expuesto, sí es procedente hacer uso de la figura del encargo fiduciario para el trámite de gestión de pago de los depósitos judiciales.

La labor operativa de pagador deberá ser asumida por un tercero que tenga la capacidad de recibir unas determinadas órdenes de pago, verifique el cumplimiento de todos los requisitos y realice con seguridad y oportunidad el giro a la cuenta bancaria que corresponda, con los recursos que se le entreguen en administración.

En salvaguarda de los recursos públicos se debe realizar la correspondiente matriz de riesgos y mitigarlos de manera suficiente, tanto en lo que correspondería hacer al IDU como al contratista.

Es importante precisar que se debe dejar claramente determinado el objeto y plazos del encargo fiduciario, aunado a que se deben regir por los parámetros dados en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y desarrollados en el concepto unificador emitido por la Secretaría Jurídica Distrital, citado en la parte considerativa de este concepto.

Con el propósito de que el IDU tenga claro el adecuado funcionamiento de la figura mencionada, se compartirá el concepto citado.

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,

LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO

Director Jurídico

lpazos@shd.gov.co

Anexo: Lo anunciado en un archivo con veintidós (22) folios

Revisó: Manuel Ávila Olarte – subdirector jurídico de hacienda mavila@shd.gov.co

Proyectó: Carol Murillo Herrera – profesional especializado SJH cmurillo@shd.gov.co