

Bogotá, D. C.

Doctora
 DIANA CAROLINA REY
 Representante Legal
 FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA LECTURA – FUNDALECTURA
 Diagonal 40 A Bis No. 16 – 46
 Email: contactenos@fundalectura.org.co
 Tel. 3201511



CONCEPTO

Referencia	2020ER72759 - 2020ER71398 SDQS 2275372020
Descriptor general	Presupuesto
Descriptores especiales	Rendimientos financieros causados dentro de contrato de concesión.
Problema jurídico	¿Es procedente el cobro del valor correspondiente a rendimientos financieros, cuando estos no se producen en virtud de un contrato de concesión?
Fuentes formales	Artículo 85 del Decreto 714 de 1996, que compila el Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital.

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

A continuación, se cita textualmente la consulta formulada por la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA LECTURA – FUNDALECTURA:

[...] *“Fundalectura, suscribió el Contrato de Encargo Fiduciario de Administración y Pagos el 11 de julio de 2018 con la Fiduciaria Davivienda S.A. en cuentas del Fondo de Inversión colectiva Rentalíquida. . . Durante la concesión 159 que finalizó el 30 de julio de 2020, la Secretaría desembolsó con destino al Encargo Fiduciario, la suma de \$65.725.745.822. . . Durante la ejecución de la concesión (junio de 2018 a julio 31 de 2020), la fiducia generó rendimientos financieros por \$404.402.147, consignados a la cuenta de la Secretaría Distrital de Hacienda informada por la SCRD. . . en el mes de marzo de 2020, se dio una fuerte caída de las bolsas y fondos de inversión en el mundo, a causa de la fuerza mayor generalizada e imprevisible en el mercado de valores por la pandemia del coronavirus. En*

consecuencia, en ese mes se produjo una utilidad negativa por la suma de \$41.179.307. . . en comunicación del 30 de julio pasado, la SCRD considera, con un criterio que no podemos compartir por considerarlo arbitrario e inequitativo, que Fundalectura deberá pagar con cargo a sus propios recursos la suma de 41.179.307 a la Secretaría Distrital de Hacienda para cubrir la utilidad negativa registrada en el mes de marzo de 2020. . . Por lo anterior y ante las circunstancias excepcionales derivadas de la pandemia, solicitamos que no se realice ningún tipo de cobro a Fundalectura por concepto de utilidad negativa. . . ” [...]

Es importante indicar que Fundalectura señala que la utilidad negativa se compensa con los rendimientos generados durante la administración de los recursos y que en consecuencia, no afectó los recursos públicos entregados y que por el contrario, generó unos rendimientos sobre los mismos durante la totalidad de los 25 meses de operación a una rentabilidad histórica del 3,6% E.A.

En este sentido, del texto de la solicitud se desprende que el objeto de la consulta se refiere a la procedencia o no de cobro, por parte de la Secretaría Distrital de Cultura a FUNDALECTURA del valor llamado utilidad negativa, generada durante el mes de marzo de 2020.

En la medida en que la consulta formulada se refiere a un contrato suscrito por la Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte, esta Dirección solicitó que ésta remitiera a esta dependencia el criterio de la entidad, en relación con la consulta formulada por el peticionario.

Dentro de las consideraciones de este concepto, se hará referencia a tal criterio.

CONSIDERACIONES

En primer lugar se precisa que es función de la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda establecer las directrices para fomentar la unidad doctrinal en la aplicación e interpretación de normas relacionadas con la Hacienda Pública, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico vigente, de conformidad con lo establecido en los artículos 69 y 72 del Decreto Distrital 601 de 2014.

Por esta razón, le corresponde absolver consultas, emitir conceptos jurídicos y prestar asistencia jurídica en asuntos relacionados con temas de tesorería, presupuesto, tributos, contabilidad, crédito público, cobro, contratación, entre otros. Por lo anterior, esta Dirección es competente para pronunciarse sobre el objeto de consulta.

Para estos efectos, se revisará: a) lo relacionado con los rendimientos financieros en el marco del Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital, compilado en el Decreto 714 de 1996; b) luego se mencionará como se detalla este aspecto de los rendimientos

financieros en el contrato de concesión, para finalmente; c) determinar si la llamada utilidad negativa de estos rendimientos financieros durante el mes de marzo de 2020 debe ser cobrada o no por la Secretaría Distrital de Cultura al concesionario FUNDALECTURA.

Esta es en últimas la duda que plantea el peticionario.

1. Regulación orgánica de los rendimientos financieros

El artículo 85 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital, Decreto Distrital 714 de 1996, determina la titularidad de los rendimientos financieros que se generan con recursos del Distrito Capital, incluidos cuando estos son administrados por particulares:

“Artículo 85º.- De los Rendimientos Financieros. Pertenecen al Distrito Capital los rendimientos obtenidos por el Sistema de Cuenta Única Distrital, así como los de las Entidades Públicas o Privadas con los recursos del Distrito Capital con excepción de los que obtengan las Entidades de previsión social.”

En este sentido, como se verá en seguida, el contrato de concesión suscrito entre la Secretaría Distrital de Cultura y el concesionario FUNDALECTURA se encuentra comprendido en lo dispuesto por el artículo 85 del Decreto Distrital 714 de 1996.

Basta mencionar como antecedente relevante el concepto del Consejo de Estado¹ sobre la definición de los rendimientos financieros.

“Régimen de rendimientos y excedentes financieros. Debe distinguirse entre rendimientos financieros, que son los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses), y “excedentes financieros” que son las sumas que constituyen lo que antes se denominaba “superávit fiscal” y las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado. Esta distinción se desprende del contenido del artículo 31 del Decreto 111 de 1996”

2. Rendimientos financieros en el contrato de concesión suscrito entre la Secretaría Distrital de Cultura y el concesionario FUNDALECTURA.

El Contrato de concesión 159 de 2018, suscrito entre la Fundación para el Fomento de la Lectura – Fundalectura- y la Secretaría de Cultura Recreación y Deporte, tiene como objeto la operación de la Red Distrital de Bibliotecas Públicas de Bogotá².

¹ Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1773 del 4 de octubre de 2006. Radicado: 1773.

² Página SECOP, Clausula primera del contrato.

De igual manera, es importante mencionar que el clausulado relacionado con los rendimientos financieros dentro de este contrato de concesión es el siguiente:

La cláusula segunda determina que “*LA SECRETARÍA realizará los siguientes desembolsos a la Fiducia Mercantil constituida por EL CONCESIONARIO con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos establecidos en el Anexo 13: “Gestión Administrativa y Financiera” del pliego de condiciones.*”

Los párrafos de esta Cláusula Segunda determinan que una de las cuentas que debe tener la fiducia es la de los rendimientos financieros, así como la periodicidad en la consignación de estos valores:

Parágrafo primero: A través de la Fiducia mercantil que constituya EL CONCESIONARIO para el manejo de los recursos de BiblioRed, se realizarán todos los pagos de la concesión. Esta fiducia deberá tener por lo menos siete (7) cuentas separadas así: a) Recursos de LA SECRETARÍA del SGP. b) Recursos de LA SECRETARÍA de otras fuentes. c) Aprovechamiento económico. d) Servicios al ciudadano y sanciones. e) Donaciones. f) Recursos gestionados y g) Rendimientos financieros. Esta última, debe contemplar subcuentas para los rendimientos de cada una de las cuentas referidas en los literales a), b), c), d), e) y f).

Parágrafo tercero: Los rendimientos financieros del dinero público generados con ocasión de la ejecución del contrato y los resultantes al término y liquidación del mismo serán consignados de manera mensual en la cuenta que para el efecto señale la Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte.

En el marco del contrato suscrito entre FUNDALECTURA y DAVIVIENDA, la fiducia generó rendimientos financieros por \$404.402.147, durante el plazo de ejecución del contrato de concesión.

Durante el mes marzo de 2020, mes en el que se declaró la emergencia sanitaria, motivada por la pandemia COVID 19, se produjo al interior del contrato de fiducia, *una utilidad negativa por la suma de \$41.179.307.* Esto significa que no hubo, en relación con el mes de marzo, la consignación de los rendimientos financieros, a que se refiere el párrafo tercero de la cláusula segunda ya citada.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la obligación del concesionario, de conformidad con la cláusula segunda, es consignar los rendimientos financieros que se hayan generado con recursos del Distrito Capital. En este sentido, en la medida en que durante el mes de marzo de 2020, no se generaron rendimientos financieros derivados de recursos provenientes del Distrito Capital, no existe, en el criterio de esta Dirección, la obligación de consignar los mencionados valores.

Comparte esta Dirección los razonamientos que realiza la Secretaría Distrital de Cultura³, en relación con la naturaleza del contrato de concesión y los efectos que tiene esta naturaleza, en relación con las obligaciones de las partes. Entiende esta Dirección que estos efectos de la concesión tienen efectos directos sobre el objeto del contrato y las obligaciones contenidas en el citado contrato de concesión:

“La Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte a través de la Dirección de Lectura y Bibliotecas informó al concesionario su postura a través de oficio con radicado interno 20208000066911 compartida por la interventoría según la cual el concesionario debe asumir la pérdida dada la tipología contractual acordada entre las partes y los riesgos que este asumía desde el inicio del contrato.”

No obstante lo anterior, la naturaleza y los efectos del contrato de concesión, en cuanto a la asunción de los riesgos, no tiene los mismos efectos, en relación con los rendimientos financieros generados, a través del manejo fiduciario, al que se refiere el contrato de concesión.

En efecto, los rendimientos financieros surgen como consecuencia de las operaciones que se realizan dentro del sistema financiero, y no dependen de la voluntad individual del concesionario, como receptor de los recursos públicos.

En tal sentido, la obligación del concesionario, prevista en el parágrafo de la cláusula segunda del contrato es consignar los rendimientos financieros generados con la fuente ingresos del Distrito Capital. Si por las razones derivadas del contexto de la situación de la pandemia, durante el mes de marzo de 2020, no se generaron rendimientos financieros, no existe la obligación del concesionario de consignar estos rendimientos en las cuentas de la Tesorería Distrital.

De manera consecuencial, no existe la obligación de pagar el valor negativo del rendimiento financiero pues, no sobra advertirlo, la causación de éste no es atribuible a la actuación del concesionario.

Por tal razón, el cumplimiento de la obligación del concesionario, en cuanto a la consignación de los rendimientos financieros, tiene como supuesto necesario que se hayan generado rendimientos financieros, situación que no sucedió durante el mes de marzo de 2020.

A esta conclusión se arriba igualmente si se tiene en cuenta lo establecido en el contrato suscrito por el concesionario FUNDALECTURA y la institución financiera,

³ Oficio radicado de la SCR 20201100102881 de fecha 05 de noviembre de 2020.

para el manejo de los recursos derivados del contrato de concesión suscrito entre la Secretaría Distrital de Cultura y el concesionario FUNDALECTURA:

“La Fiduciaria no se hará responsable ante el fideicomitente de los resultados financieros de las inversiones realizadas en el Fondo de Inversión Colectiva en el cual se administran los recursos, dado que la naturaleza de la obligación que asume tiene el carácter de medio y no de resultado, en consecuencia no garantiza rendimientos fijos por valoración de los activos que la integran. La obligación de la Fiduciaria se circunscribe a recibir los recursos, administrarlos y realizar los pagos en la forma y las condiciones establecidas en este contrato.”, de acuerdo a lo anterior queda claramente sustentado que las obligaciones que asume la FIDUCIARIA en el presente contrato, son medio y no de resultado”.

CONCLUSIONES

De conformidad con los razonamientos jurídicos realizados, se concluye que no es procedente adelantar cobro contra el concesionario FUNDALECTURA, en la medida en que durante el mes de marzo de 2020 no se generaron rendimientos financieros dentro de la ejecución del contrato de concesión 159 de 2028, suscrito entre esta entidad y la Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte.

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

copia información. Doctor JUAN MANUEL VARGAS AYALA, Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte, Cra. 8ª No. 9 - 83 Centro, correo electrónico: juan.vargas@scrd.gov.co

Revisó: Manuel Ávila Olarte
Proyectó: Liliana Pérez Alarcón

