



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA 09-08-2017 04:16:29

Al Contestar Cite Este Nr.:2017IE15036 O 1 Fol:10 Anex:0

ORIGEN: Sd:101 - DESPACHO DEL DIRECTOR JURÍDICO/PAZOS GALIN
DESTINO: DESPACHO DEL TESORERO DISTRITAL/AGUILAR CASTAÑO
ASUNTO: CONCEPTO TESORERÍA MARCACION CUENTA PARA EXENC
OBS: CLARA INS DIAZ

Bogotá, D. C.

Doctor
HECTOR FELIPE ÁNGEL CARVAJAL
Tesorero Distrital
SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA
KR 30 # 25 90 PISO 1.
NIT 899.999.061-9
Ciudad

CONCEPTO

Referencia	2017IE13974 y 2017IE14544 del 27 de julio y 3 de agosto de 2017
Tema	Tesorería – Marcación cuenta para exención Gravamen a los Movimientos Financieros
Descriptor	Marcación de cuenta – Exención – Gravamen a los Movimientos Financieros/manejo de recursos públicos/fiducia pública
Problema jurídico	¿Es procedente la marcación como exentas del Gravamen a los Movimientos Financieros-GMF, de las cuentas de ahorro donde se manejan los recursos del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá D.C.?
Fuentes formales	Estatuto Tributario Nacional, Ley 1523 de 2012; Ley 80 de 1993; Acuerdo 546 de 2013; Decreto 405 de 2001; Decreto Distrital 174 de 2014; Contrato de Fiducia 294 de 2017.

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La Dirección Distrital de Tesorería, mediante memorando 2017IE13974 del 27 de julio de 2017, solicitó concepto a esta Dirección sobre la viabilidad de identificar como exentas del GMF, las cuentas abiertas en los bancos: Popular, GNB Sudameris, AV Villas, Bancolombia y Colpatria, para el manejo de recursos del FONDIGER, las cuales, según las certificaciones bancarias son de titularidad de "FIDUAGRARIA S.A. E.F. 370480 FONDIGER NIT 800.159.998-0".

El 3 de agosto de 2017 la DDT, a través del oficio 2017IE14544, dio alcance a la solicitud de concepto jurídico, con el fin de corregirla y complementarla, señalando que el manejo de los recursos de FONDIGER mediante fiducia pública podría

considerarse como una de las operaciones necesarias para lograr la ejecución de los respectivos recursos del presupuesto, de las consagradas como exentas del GMF, mediante el artículo 9 del Decreto 405 de 2001; sin embargo, esta postura no puede sustentarse en conceptos emanados por la DIAN o por los emitidos por la Dirección Jurídica de la SDH, ya que en ninguno se ha examinado la figura de la fiducia pública como vehículo financiero asimilable a las operaciones que en el artículo 9 del Decreto 405 de 2001 se equipara a “manejo de recursos públicos”, para los efectos del numeral 9 del artículo 879 E.T.

Agregó que en el concepto emanado de esa Dirección Jurídica con Cordis 2016IE15028 de 22-07-2016, se concluyó que no podía identificarse como exenta una cuenta del patrimonio autónomo constituido por FONCEP para el pago de cesantías a servidores públicos distritales, “...por cuanto las únicas cuentas que puede identificar la Dirección Distrital de Tesorería como exentas, son aquellas de las cuales es titular la entidad territorial o entidades ejecutoras.”

Al respecto, el precitado análisis de lo dispuesto en el mencionado decreto reglamentario nos lleva a pensar en la posibilidad de revisar este concepto de la DJ, ya que en casos como el de FONDIGER se está ante cuentas de titularidad de un encargo fiduciario, manejo que se hace por expresa disposición normativa como la forma apropiada para lograr la ejecución de los recursos.

Por último, la Dirección Distrital de Tesorería manifiesta que tuvo en cuenta el pronunciamiento previo de la Dirección Jurídica sobre la posibilidad de marcar como exentas del GMF las cuentas para manejo de recursos de FONDIGER, concepto con Cordis 2015IE22068 de 25-09-2015. Sin embargo, dados los elementos analizados en los puntos precedentes, persisten las dudas y precisan la colaboración de esta Dirección con el concepto sobre la procedibilidad de que el Tesorero Distrital identifique ante los respectivos bancos, como exentas del GMF, las cuentas abiertas para el manejo de recursos del FONDIGER que son de titularidad de “FIDUAGRARIA S.A. E.F. 370480 FONDIGER NIT 800.159.998-0”.

ANTECEDENTES

1. El 28 de junio de 2017 se suscribió el contrato de Fiducia Pública No. 294 de 2017, entre IDIGER y FIDUAGRARIA S.A., cuyo objeto consiste en “prestar los servicios de administración y pagos para manejar a través de Fiducia Pública, los recursos asignados al Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá D.C. – FONDIGER”.
2. Mediante comunicaciones radicadas en la Secretaría Distrital de Hacienda bajo los números 2017ER73223, 2017ER73402 y 2017ER73406 del 19 y 21



de julio de 2017, el Director General y la Subdirectora Corporativa y de Asuntos Disciplinarios del IDIGER, solicitaron al Tesorero Distrital de la Secretaría Distrital de Hacienda, la marcación de las cuentas bancarias de FONDIGER como exentas del GMF.

3. De acuerdo con la información suministrada por la DDT, el IDIGER considera que se trata de recursos provenientes del presupuesto distrital que no ingresarán a cuentas propias del establecimiento público ejecutor del presupuesto, citando como precedente en favor de la marcación de las cuentas del encargo fiduciario, el concepto 2015IE22068 emitido por la Dirección Jurídica el 25 de septiembre de 2015.
4. Dentro de los antecedentes remitidos para el presente análisis se observan las certificaciones fechadas 19 de julio de 2017, emitidas por el Director General del Instituto Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático IDIGER, en las que se indicó que, en el marco del contrato No. 294 del 28 de junio de 2017, se dio apertura a las cuentas de ahorros en los Bancos Colpatría Multibanca Colpatría S.A., Banco GNB Sudameris S.A., Banco Comercial AV Villas S.A., Bancolombia S.A. y Banco Popular, todas a nombre de FIDUAGRARIA S.A. E.F.370480 – FONDIFER, *“en las cuales se manejaron exclusivamente recursos del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático – FONDIGER, recursos públicos de transferencias del Distrito Capital y de ninguna manera se manejaran recursos propios”*

CONSIDERACIONES

Previo a resolver la inquietud planteada, este Despacho realiza las siguientes consideraciones al respecto:

1. Régimen jurídico de gestión del riesgo y naturaleza Jurídica del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgo y Cambio Climático “FONDIGER”

El Congreso de la República expidió la Ley 1523 de 2012, "Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones".

El artículo 1º de esta ley define la política del riesgo como “una política de desarrollo indispensable para asegurar la sostenibilidad, la seguridad territorial, los derechos e intereses colectivos, mejorar la calidad de vida de las poblaciones y las comunidades en riesgo y, por lo tanto, está intrínsecamente asociada con la planificación del desarrollo seguro, con la gestión ambiental territorial sostenible, en todos los niveles de gobierno y la efectiva participación de la población.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

Por su parte, el artículo 80 de la Ley 1523 de 2012 se ocupa de regular lo relacionado con la transferencia de recursos que debe realizar el Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres:

“Transferencia de recursos. El Fondo Nacional podrá transferir recursos de sus cuentas o subcuentas a entidades públicas, del orden nacional o territorial y entidades privadas cuyo objeto social tenga relación directa con las actividades que se requieran para atender la calamidad o desastre, para ser administrados por estas, sin que para ello se requiera operación presupuestal alguna por parte de la entidad receptora.

En el documento que ordene la transferencia se indicará de manera expresa la destinación de los recursos, los cuales se girarán a cuentas abiertas especialmente para la atención del desastre o calamidad pública declarada, y estarán exentas de cualquier gravamen.

La administración de dichos recursos será responsabilidad del jefe de la respectiva entidad a la cual se le efectuó la transferencia y estarán sujetos al control fiscal ejercido por las respectivas Contralorías.

Corresponde a la Junta Directiva del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo, diseñar los procedimientos administrativos y operativos que para la ejecución de las transferencias de recursos, el control administrativo de su utilización y legalización de los mismos deban darse, de conformidad con el reglamento que para tal fin expida el Ejecutivo”. (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, el Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá, D.C., - FONDIGER – fue creado por el artículo 12 del Acuerdo 546 de 2013¹, *“como una cuenta especial del Distrito Capital, con independencia patrimonial, administrativa, financiera, contable y estadística, como lo establece el Decreto Ley 1421 de 1993 y la Ley, administrado por el IDIGER, sin personería jurídica para el cumplimiento del objeto y alcance del SDGR-CC.*

El objeto, recursos, manejo y administración del FONDIGER se encuentran estipulados en los artículos 13 y 14 del Acuerdo 546 de 2013 del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 13. *El FONDIGER, tendrá como objeto general obtener, recaudar, administrar, invertir, gestionar y distribuir los recursos necesarios para la operación del Sistema Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático, bajo esquemas interinstitucionales de cofinanciación, concurrencia y subsidiariedad, para el desarrollo de los procesos de gestión de riesgos y cambio climático.”*

¹ *“Por el cual se transforma el Sistema Distrital de Prevención y Atención de Emergencias -SDPAE-, en el Sistema Distrital de Gestión de Riesgo y Cambio Climático-SDGR-CC, se actualizan sus instancias, se crea el Fondo Distrital para la Gestión de Riesgo y Cambio Climático “FONDIGER” y se dictan otras disposiciones”*

PARÁGRAFO. Los recursos del FONDIGER se orientarán con base en las directrices que establezca el Consejo Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático de conformidad con el Plan Distrital para la Gestión de Riesgos - PDGR y los lineamientos distritales para la adaptación al cambio climático.

ARTÍCULO 14. Para su administración y manejo el FONDIGER contará con una Junta Directiva, el Director General del IDIGER formará parte de la Junta, con voz pero sin voto y ejercerá la Secretaría Técnica.”

De conformidad con el artículo 16 del Acuerdo 546 de 2013, el Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá, D.C., estará constituido por los siguientes recursos:

a). Los recursos de la cuenta especial de la Secretaría de Hacienda - Tesorería Distrital denominada Fondo de Gestión del Riesgo – Ley 1523 de 2012 a la que se refiere el parágrafo del artículo 12 del Decreto No. 164 del 12 de abril de 2013².

b). Los recursos y bienes que el IDIGER transfiera al FONDIGER.

c). Una suma anual de forzosa inclusión en el presupuesto Distrital no inferior al 0.5% de los ingresos corrientes tributarios de la Administración Central de libre destinación.

d). Los aportes que puedan efectuar a este Fondo, las entidades y empresas de carácter internacional, nacional, departamental, distrital o particular y las personas naturales.

e). Los recursos provenientes de las estrategias de protección financiera frente al riesgo de desastres.

f). Los rendimientos financieros que genere el FONDIGER.”

En cuanto a la **transferencia de recursos** el artículo 20 ibídem estipuló:

“...El Director del IDIGER ordenará la transferencia de los recursos acumulados en el FONDIGER, que sean requeridos para la ejecución de la Estrategia de Respuesta a Situaciones de Desastre o Calamidad, declaradas y para las acciones de recuperación temprana, sin perjuicio que los saldos sean destinados para ejecutar el Plan de Acción Específico para la Recuperación. Los recursos que sean

² “Por el cual se liquida el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y de Gastos e Inversiones de Bogotá, Distrito Capital, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2013 y se dictan otras disposiciones”, en cumplimiento del Acuerdo No. 521 de marzo 14 de 2013, expedido por el Concejo de Bogotá”.

transferidos a las entidades públicas no requerirán de operación presupuestal alguna por parte de la entidad receptora, para su utilización.

PARÁGRAFO 1. En el documento que ordene la transferencia se indicará de manera expresa la destinación de los recursos, los cuales se girarán a cuentas abiertas especialmente para la atención del desastre o calamidad pública declarada, y estarán exentas de cualquier gravamen.

PARÁGRAFO 2. La administración de dichos recursos será responsabilidad del jefe de la respectiva entidad a la cual se le efectuó la transferencia y estarán sujetos al control fiscal ejercido por las respectivas Contralorías”.

Mediante el Decreto Distrital 174 de 2014 fue reglamentado el funcionamiento del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá, D.C., - “FONDIGER.”, señalando respecto a la conformación y administración de los recursos lo siguiente:

“Artículo 5°.-Administración de los Recursos. Para el cumplimiento del objeto del FONDIGER, la administración de los recursos se realizará a través de una Fiducia Pública, sin perjuicio de las facultades asignadas al IDIGER, a la Junta Directiva del FONDIGER y a lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 546 de 2013.

Parágrafo.- La contratación de la Fiducia Pública estará a cargo del IDIGER, para lo cual la selección de la Sociedad Fiduciaria se realizará de conformidad con lo establecido en la Ley y con cargo al presupuesto del IDIGER.”

Artículo 6°.-Recursos del FONDIGER. El FONDIGER estará constituido por los recursos establecidos en el artículo 16 del Acuerdo 546 de 2013, los cuales corresponden a:

a) Los recursos acumulados a 31 de diciembre de 2014 en la cuenta especial de la Secretaría Distrital de Hacienda - Tesorería Distrital denominada Fondo de Gestión del Riesgo-Ley 1523 de 2012.

b) Los recursos y bienes que el IDIGER transfiera al FONDIGER.

c) Una suma anual de forzosa inclusión en el presupuesto Distrital no inferior al 0.5% de los ingresos corrientes tributarios de la Administración Central de libre destinación.

d) Los aportes que puedan efectuar a este Fondo, las entidades y empresas de carácter internacional, nacional, departamental, distrital o particular y las personas naturales.

e) Los recursos provenientes de las estrategias de protección financiera frente al riesgo de desastres.

f) Los rendimientos financieros que genere el FONDIGER.

Los recursos del FONDIGER, serán de carácter acumulativo y no podrán en ningún caso ser retirados del mismo por motivos diferentes a la gestión de riesgos y cambio

climático, en cumplimiento a lo establecido en el parágrafo del artículo 54 de la Ley 1523 de 2012, y el parágrafo del artículo 16 del Acuerdo 546 de 2013”.

El FONDIGER fue creado como una cuenta especial del Distrito Capital, administrada por el IDIGER, es un órgano ejecutor del Distrito, por ello recibe por transferencia del Distrito, recursos públicos de diferentes fuentes, conforme a lo estipulado en el artículo 16 del Acuerdo 546 de 2013, recursos que no pierden su naturaleza pública al ingresar a esta cuenta especial del Distrito con operaciones a través de las cuales se efectúa la ejecución del Presupuesto Anual del Distrito Capital, en forma directa o a través de sus órganos ejecutores respectivos, con la característica adicional por ser recursos de carácter acumulativo que por disposición legal, no pueden en ningún caso ser retirados del Fondo, por motivos diferentes a la gestión de riesgos y cambio climático.

Colorario a lo anterior, se considera necesario hacer referencia a la información adicional suministrada por la DDT en el oficio 2017IE13974, según el cual: *“Tratándose de un Fondo Especial de naturaleza acumulativa el giro por parte de la Secretaría Distrital de Hacienda se realiza en forma directa a las cuentas bancarias abiertas dentro del manejo Fiduciario y según informa el IDIGER, esta ha sido la única fuente (Recursos Distrito) y a la fecha asciende a una suma superior a los \$300.000 millones de pesos”.*

De otra parte, el artículo 20 del Acuerdo Distrital 546 de 2013 consagra que los recursos que sean requeridos para la ejecución de la estrategia de respuesta a situaciones de desastre o calamidad, declaradas y para las acciones de recuperación temprana, serán transferidos a las entidades públicas sin que se requiera de operación presupuestal alguna por parte de la entidad receptora para su utilización. Dichos recursos se girarán a cuentas abiertas especialmente para la atención del desastre o calamidad pública declarada y estarán exentas de cualquier gravamen.

2. Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF

El Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF-, contenido en el libro sexto del Estatuto Tributario Nacional, es un impuesto indirecto del orden nacional que se aplica a las transacciones financieras realizadas por los usuarios del sistema y su administración se encuentra a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN³.

³ Valero Varela, Héctor Julio. *“Generalidades del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) en Colombia (Actualización)”*. Oficina de Estudios Económicos. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-. Bogotá. 2007. P. 9.

Las características más importantes de este impuesto son las siguientes:

2.1. Hecho generador.- (Art. 871 del ETN, adicionado por la Ley 633 de 2000)
Lo constituye la realización de transacciones financieras a través de las cuales se dispongan de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorro por parte de personas o empresas o disposición de recursos de las cuentas de depósito del Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia.

Se entiende por transacción financiera toda operación de retiro en efectivo, mediante cheque, con talonario, con tarjeta débito, a través de cajero electrónico, mediante puntos de pago, notas débito o mediante cualquier otra modalidad que implique la disposición de recursos de cuentas de depósito, corrientes o de ahorros, en cualquier tipo de denominación.

2.2. Causación.- (Art. 873 del ETN, adicionado por la Ley 633 de 2000)

El GMF es un impuesto instantáneo y se causa en el momento en que se realice la transacción financiera, sea por abono, pago en efectivo o expedición de cheques. Se causa por cada operación sujeta al impuesto.

2.3. Sujetos pasivos.- (Art. 875 del ETN, adicionado por la Ley 633 de 2000)

Son los usuarios o clientes de las entidades del sector financiero y demás entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Economía Solidaria, incluido el Banco de la República.

3. Exención del Gravamen a los Movimientos Financieros

Dentro del marco legal correspondiente a este impuesto, también se contempló un régimen de exenciones, contenido en el artículo 879 del Estatuto Tributario Nacional, el cual, para el caso que nos compete, señala entre otras disposiciones, en el numeral 9°, lo siguiente:

“...9. El manejo de recursos públicos que hagan las tesorerías de las entidades territoriales...”

El artículo 9° del Decreto 405 de 2001⁴ reglamenta la materia en los siguientes términos:

⁴ Decreto 405 de 2001: “Por el cual se reglamenta parcialmente el Libro VI del Estatuto Tributario.”

“Artículo 9° Identificación de las cuentas por parte de las tesorerías de las entidades territoriales. Para efectos del numeral 9° del artículo 879 del Estatuto Tributario se entenderá como “manejo de recursos públicos” aquellas operaciones mediante las cuales se efectúa la ejecución del Presupuesto General Territorial en forma directa o a través de sus órganos ejecutores respectivos, salvo que se trate de recursos propios de los establecimientos públicos del orden territorial los cuales no están exentos de gravamen a los movimientos financieros y como “tesorerías de las entidades territoriales” aquellas instancias administrativas del orden territorial asimilables en cuanto a sus funciones legales a la Dirección General del Tesoro Nacional.

Igualmente se considera manejo de recursos públicos, el traslado de impuestos de las entidades recaudadoras a las tesorerías de los entes territoriales o a las entidades que se designen para tal fin.

La identificación, ante los establecimientos de crédito respectivos, de las cuentas corrientes o de ahorro donde se manejen de manera exclusiva recursos públicos del Presupuesto General Territorial corresponderá a los tesoreros departamentales, municipales o distritales”. (Negrilla fuera de texto)

Lo anterior para concluir que aquellas operaciones en las cuales se ejecuta el Presupuesto General Territorial en forma directa o a través de sus órganos ejecutores respectivos estarán exentos del Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF-. Cuando se trate de recursos propios de los establecimientos públicos del orden territorial no aplicará dicha exención.

4. Contratos de fiducia y encargo fiduciario.

Según el artículo 150 del Decreto Ley 1421 de 1993, “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”, las entidades distritales podrán celebrar contratos de fiducia y de encargo fiduciario con sociedades autorizadas por la Superintendencia Bancaria, para los siguientes objetos:

“(…)

3. La administración y manejo de recursos fiscales, y

4. La ejecución de programas de prevención y atención de desastres.” (Resaltado fuera del texto)

En este sentido, el objeto de los contratos de fiducia pública, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 15° del Decreto Ley 1421 de 1993, esto es, la “administración y manejo de recursos fiscales”, es coincidente con el artículo 9° del



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

Decreto 405 de 2001, que se refiere, para efectos de la exención tributaria, al manejo de recursos públicos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto, definidos en el referido artículo:

“...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...” (Resaltado fuera del texto)

Dentro de este marco normativo, la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto 2001074437-1 del 14 de febrero de 2002 se refirió a los aspectos generales de la fiducia pública en los siguientes términos:

“a) Tratándose de entidades estatales, entendiéndose por tales las señaladas en el numeral 1 del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, las normas a ellas aplicables reconocen expresamente la posibilidad de celebrar, en calidad de fideicomitentes, única y exclusivamente contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios. Estos últimos, podrán tener por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que las entidades estatales fideicomitentes celebren, así como la administración de los fondos o recursos destinados a la cancelación de obligaciones nacidas de la celebración de contratos estatales de acuerdo con lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993...” (Subrayado fuera de texto).

“... Al respecto, deberán tenerse en cuenta las siguientes restricciones y limitaciones a las cuales se hallan sujetos los negocios fiduciarios examinados:

1. Los contratos de fiducia pública no podrán conllevar la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados ni, por lo mismo, dar lugar a la formación de



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

un patrimonio autónomo, excepto en los casos señalados en el parágrafo 2o. del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 en relación con procesos de titularización.

2. Los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario deben tener un objeto y un plazo precisamente determinados. No obstante, en cuanto al objeto se refiere, debe tenerse en cuenta que cuando el inciso 6°, numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 alude a "los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario", por tales, sólo pueden entenderse aquellos que resulten propios o connaturales al objeto del negocio fiduciario de que trate, vale decir, todos aquellos que son normalmente aptos y legalmente admisibles para el cumplimiento diligente de la finalidad señalada por la respectiva entidad estatal fideicomitente en el acto constitutivo del negocio fiduciario.

3. En ningún caso y por ningún motivo, las entidades estatales pueden utilizar el esquema fiduciario para delegar en las sociedades fiduciarias el cumplimiento de una función pública que les es propia, como sucede con la adjudicación de los contratos que deban celebrarse en desarrollo de la finalidad señalada en el acto constitutivo del respectivo negocio fiduciario. No obstante podrán encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes a la licitación o concurso'. (art. 23, D. R. 679 de 1994).

4. No pueden celebrarse contratos de fiducia pública o encargos fiduciarios que conduzcan a un desconocimiento del mandato contenido en el artículo 355 de la Carta Política, so pena de quedar viciados de nulidad por ilicitud de su objeto..."

La Corte Constitucional en sentencia No. C-086/95, a propósito de demanda de acción pública de inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que define legislativamente la fiducia pública, se refirió a ésta de la siguiente manera:

"El Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley".

Sobre este mismo tema de la fiducia pública el Consejo de Estado ha señalado:⁵

"La norma contenida en el inciso 8 del numeral 5 del art 32 de la ley 80 de 1993, según la cual, " A la fiducia Pública le serán aplicables las normas del Código de

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Cesar Hoyos concepto con radicación número 1074 del 4 de marzo de 1998



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley", significa que a la fiducia pública se le aplican las normas de la fiducia mercantil contempladas en el mencionado código, con las siguientes cuatro salvedades: a) en la fiducia pública no hay transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicometidos; b) no se constituye un patrimonio autónomo ; c) la adjudicación de los contratos derivados de ella corresponde a la entidad estatal fideicomitente, d) la comisión de la sociedad fiduciaria no se puede cancelar con los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos estén presupuestados lo anterior no se aplica respecto de los casos en que dicha ley autoriza patrimonios autónomos, como tampoco para el caso de la fiducia mercantil previsto en ley posterior. En relación con la etapa precontractual, las entidades estatales para celebrar tanto el encargo fiduciario como la fiducia pública, requieren surtir el procedimiento de licitación o concurso públicos, salvo lo que se disponga en normas especiales." (Negrilla fuera de texto)

5. Patrimonio Autónomo – Naturaleza jurídica

Para entender en que consiste el patrimonio autónomo y su naturaleza jurídica se trae algunos apartes del Concepto 2013010362-001 del 18 de marzo de 2013, emitido por la Superintendencia Financiera:

"Sobre el particular para hablar de un patrimonio autónomo debemos forzosamente remitirnos al artículo 1226 del Código de Comercio que trata la figura de la fiducia mercantil como un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra llamada fiduciario quien se obliga a administrarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

*Por definición expresa de la citada norma el negocio fiduciario en comento supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad. **Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo.** Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (Artículos 1226 a 1244 del C. Co).*

Los bienes recibidos en fideicomiso, es decir que conforman el patrimonio autónomo no pueden confundirse con los bienes del fiduciario, luego deben estar separados de los que integran los activos de la fiduciaria, son excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y fideicomitente y garantizan las obligaciones que contraiga el patrimonio autónomo en el logro de la finalidad de la fiducia..."

“...El inciso 1° del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, preceptúa lo siguiente:

Artículo 1°. Derechos y deberes del fiduciario. Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. (Subraya extratextual).

De la norma transcrita resulta claro que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas como tampoco naturales, como ya se expuso son negocios fiduciarios conformados por bienes para cumplir un fin”.

Los patrimonios autónomos, en tanto son negocios fiduciarios, se encuentran administrados y vigilados por las entidades fiduciarias debidamente autorizadas para tal efecto por esta Superintendencia.

*Ahora, un patrimonio autónomo en el contexto del literal c) del artículo 2° de la Ley 1527 de 2012, adquiere además la calidad de entidad operadora autorizada para realizar operaciones de libranza o descuento directo. Es decir son operadores de libranza, sin que tal connotación les de la calidad de personas.
(...).»*

En conclusión, el contrato de Fiducia Pública No. 294 de 2017, suscrito entre el IDIGER y FIDUAGRARIA S.A., cuyo objeto consiste en “prestar los servicios de administración y pagos para manejar a través de Fiducia Pública, los recursos asignados al Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá D.C. – FONDIGER”, no origina un patrimonio autónomo, con las características que esta figura tiene legalmente, como se vio con antelación.

6. Contrato de fiducia pública que ha suscrito IDIGER.

En este sentido, con fundamento en el artículo 150 del Decreto Ley 1421 de 1993 y 32 de la Ley 80 de 1993, y para el cumplimiento del objeto del FONDIGER, se suscribió el contrato de Fiducia Pública No. 294 de 2017 entre el IDIGER y FIDUAGRARIA S.A., cuyo objeto consiste en “prestar los servicios de administración y pagos para manejar a través de Fiducia Pública, los recursos asignados al Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá D.C. – FONDIGER”.

Ahora bien, según se desprende de las “ESPECIFICACIONES TECNICAS” del contrato de fiducia pública No. 294 de 2017, suscrito entre el IDIGER y FIDUAGRARIA S.A, los recursos a administrar por parte del contratista son recursos

públicos provenientes del presupuesto del Distrito Capital, como se transcribe a continuación:

“2.1.2.1 Recursos a Administrar y Flujo de Caja

Los recursos a administrar corresponden al presupuesto total para el año 2017, cuyo monto asciende aproximadamente a TRESCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$300.000.000.000). Es de señalar que los recursos no estarán sujetos a gravámenes financieros, teniendo en cuenta que los mismos provienen de las siguientes fuentes:

a. El saldo de los recursos existentes a la finalización de la ejecución de la actual fiducia pública, los cuales se trasladarán una vez se suscriba el acta de inicio correspondiente al contrato que resulte del proceso contractual de licitación pública.

b. Posteriormente, se trasladará la suma de TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$36.504.735.000) que corresponde a la asignación presupuestal para la vigencia 2017, que realiza la Secretaría Distrital de Hacienda...”

“...El Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá, distribuirá los recursos presupuestados en al menos 6 subcuentas de destinación específica...”

De igual manera, en la cláusula 2.2.1.1 del ya mencionado contrato de fiducia pública No. 294 de 2017 se estipularon las obligaciones específicas del contratista, dentro de las que se considera relevante citar las siguientes:

“(...)

3. Recibir del FIDEICOMITENTE los recursos objeto del contrato, de acuerdo con las transferencias que efectivamente haga la Secretaría de Hacienda, manteniendo las proporciones de concentración indicadas en los lineamientos de la Directiva 001 de 2013 y las que la modifiquen o sustituyan, expedida por la Tesorería Distrital.

4. Administrar de manera independiente los recursos recibidos y los rendimientos financieros, debiendo constituir una cuenta separada de los recursos propios y de los otros fideicomisos para el manejo exclusivo de los recursos IDIGER.

5. Distribuir y realizar movimientos de los recursos en las subcuentas, con base en la disponibilidad de los recursos existentes en el Fondo de acuerdo a las disposiciones dada por la Junta Directiva del FONDIGER.

6. LA CONTRATISTA, al inicio del negocio, presentará para el manejo de los recursos a administrar, el ranking de las cuentas de ahorro que ofrezcan mejores tasas de rendimiento para el Fondo; lo anterior de conformidad con lo señalado por la Secretaría Distrital de Hacienda en el marco de los lineamientos de la Directiva



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

001 de 2013 y las que la modifiquen o sustituyan, expedida por la Tesorería Distrital. En todo caso, LA CONTRATISTA deberá presentar ofertas de tasas de rendimiento de bancos del mercado cada dos (2) meses, con el fin de que se escojan las de mayor rentabilidad.

7. Manejar en cuentas de ahorro (de acuerdo a los lineamientos generales del FONDIGER, las Políticas de la Secretaría Distrital de Hacienda – Dirección Distrital de Tesorería y el informe de Excedentes de Liquidez) los recursos que le sean entregados por el IDIGER con observancia de las disposiciones vigentes sobre la materia, atendiendo criterios de liquidez, seguridad y rentabilidad.

8. Crear o liquidar subcuentas adicionales a las previstas de conformidad con los lineamientos de la Junta Directiva de FONDIGER.

9. Efectuar, durante toda la ejecución del presente contrato los pagos o giros necesarios para la operación de la fiducia pública, en el término máximo de hasta 10 horas hábiles; pagos que se efectuarán de acuerdo con lo ordenado y aprobado por el IDIGER con cargo a los recursos del contrato. Para que LA CONTRATISTA proceda a efectuar los pagos o giros, el IDIGER remitirá a la CONTRATISTA las respectivas órdenes de pago, en el formato que la Entidad tiene establecido para este fin, junto con sus soportes y la planilla en la que se relacionan las mismas.

10. Llevar control detallado de la ejecución del contrato, con el fin de no sobrepasar el presupuesto destinado para el mismo, siguiendo los formatos e indicaciones proporcionados por el supervisor e informar con oportunidad cuando la ejecución del mismo llegue a un porcentaje del 80%.

(...)"

De este clausulado debe resaltarse que IDIGER tiene la competencia para ordenar los pagos con cargo a los recursos públicos que se encuentran en la fiducia pública a que se ha hecho referencia.

Por último, obran las certificaciones de fecha 19 de julio de 2017, suscritas por el Director General del Instituto Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático IDIGER, en las que se indicó que en las cuentas de ahorros en los Bancos Colpatria Multibanca Colpatria S.A., Banco GNB Sudameris S.A., Banco Comercial AV Villas S.A., Bancolombia S.A. y Banco Popular, todas a nombre de FIDUAGRARIA S.A. E.F.370480 – FONDIFER, “ se manejaron exclusivamente recursos del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático – FONDIGER, recursos públicos de transferencias del Distrito Capital y de ninguna manera se manejaran recursos propios”

7. Referencia al concepto 2016IE15028 del 22 de julio de 2016 emitido por la Dirección Jurídica

En primer término, cabe precisar que los conceptos contenidos en los oficios 002350 del 30 de enero de 2015 y 009685 del 31 de marzo de 2015 que se citan de la DIAN se refieren al "PATRIMONIO AUTÓNOMO", que es una figura diferente de la "FIDUCIA PÚBLICA" que es la temática planteada en su consulta, como se expuso en desarrollo de este concepto.

En este sentido, no es procedente para la consulta formulada el concepto con Cordis 2016IE15028 del 22 de julio de 2016, relacionado con FONCEP, pues en esta última hipótesis sí había un patrimonio autónomo, situación completamente diferente a la de FONDIGER, donde opera la figura de la fiducia pública.

Se transcriben los principales apartes del concepto mencionado:

"Referente a los recursos transferidos por las entidades distritales del nivel central en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 9 del Decreto 101 de 2004, manejados por parte del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, a través del patrimonio autónomo que para tal fin constituye a través del encargo fiduciario celebrado con la FIDUPREVISORA S.A., son recursos con destinación específica al pago de las cesantías de los servidores públicos de distrito Capital, es decir, que el encargo fiduciario, se convierte en un ente ejecutor de la obligación a cargo del Distrito Capital, pues dichos recursos nunca entran al patrimonio propio del FONCEP.

Sin embargo, de conformidad con lo conceptuado por la DIAN respecto del manejo de los recursos mediante patrimonio autónomo como en el caso de 91 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012, antes señalados, es clara en señalar que la exoneración del gravamen va hasta la ejecución del recurso a favor de la Fiducia constituida para tal fin y que los pagos que esta realice a terceros son objeto el gravamen.

Este despacho considera que idéntica situación se da cuando las entidades del nivel central giran los recursos a favor de la fiducia que administra el patrimonio autónomo autorizado por el Decreto 101 de 2004, movimiento que se encuentra exento por cuanto ellas son entes ejecutoras de los recursos del ente territorial, pero una vez ingresan al patrimonio autónomo termina la exención y los pagos que esta haga a tercero son sujetos del GMF."



CONCLUSIONES

Con fundamento en las disposiciones del Estatuto Tributario Nacional, sobre el Gravamen a los movimientos financieros y su exención; la legislación contractual vigente, el marco normativo con base en el cual se creó y reglamentó el funcionamiento del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá, D.C., - FONDIGER –, así como el objeto y obligaciones derivadas del contrato de fiducia pública 294 de 2017, suscrito entre IDIGER y sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., FIDUAGRARIA S.A., esta Dirección concluye lo siguiente:

1. El artículo 9º del Decreto 405 de 2001 establece el ámbito de aplicación de la exención tributaria del gravamen a los movimientos financieros, comprendiendo dentro de la misma la ejecución que se haga del presupuesto territorial en forma directa o a través de sus órganos ejecutores.
2. El Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá, D.C., - FONDIGER es una cuenta especial del Distrito Capital, con independencia patrimonial, administrativa, financiera, contable y estadística, cuyo objeto general es obtener, recaudar, administrar, invertir, gestionar y distribuir los recursos necesarios para la operación del Sistema Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático.
3. El Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático de Bogotá, D.C. – FONDIGER, es un órgano ejecutor del presupuesto, constituido por recursos públicos provenientes del presupuesto distrital. *IDIGER, precisamente, de conformidad con lo establecido en el clausulado del Contrato 294 de 2017, es la entidad distrital competente para ordenar el pago de los contratos que haya suscrito en relación con la operación del sistema distrital de gestión de riesgos y cambio climático.*
4. Con la ordenación de pago que realiza IDIGER, de conformidad con las obligaciones específicas del contratista, estipuladas en la cláusula 2.2.1.1 del contrato de fiducia pública No. 294 de 2017, se efectúa la ejecución del presupuesto territorial, a que se refiere el inciso 1º del artículo 9º del Decreto 405 de 2001.
5. El tercer inciso del artículo 9º del Decreto 405 de 2001 establece que el tesorero de la entidad territorial tiene la competencia para identificar las cuentas “donde se manejen de manera exclusiva recursos públicos del Presupuesto General Territorial”. Como se indicó en el numeral anterior, los recursos que maneja FONDIGER son recursos públicos del presupuesto distrital.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

6. Visto el objeto, obligaciones y especificaciones técnicas derivadas del contrato de fiducia pública No. 294 de 2017, suscrito entre el IDIGER y FIDUAGRARIA S.A., se desprende que estamos frente a un contrato de administración, en el que no se transfieren recursos a un tercero, sino que este tercero los administra en nombre del ente ejecutor.
7. El Director General del Instituto Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio Climático IDIGER certificó que en las cuentas de ahorros en los Bancos Colpatria Multibanca Colpatria S.A., Banco GNB Sudameris S.A., Banco Comercial AV Villas S.A., Bancolombia S.A. y Banco Popular, todas a nombre de FIDUAGRARIA S.A. E.F.370480 – FONDIFER, “se manejaron exclusivamente recursos del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgos y Cambio Climático – FONDIGER, recursos públicos de transferencias del Distrito Capital y de ninguna manera se manejarán recursos propios”
8. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 Art. 32) reconoce que “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.”
9. Tal como lo manifestó el Director del IDIGER, en el correo electrónico enviado a la DDT, el tratamiento de la marcación de estas cuentas se viene adelantando desde la creación del FONDIGER (2014) hasta la fecha, sin que se haya presentado algún cambio en la normatividad jurídica (Estatuto Tributario Nacional y Decreto 405 de 2001) que justifique que estas cuentas se dejen de marcar.

Como no es objeto central de la consulta, sino un aspecto marginal, no se hace referencia a posibles ajustes del Decreto Nacional 405 de 2001. En todo caso, con el texto actual de este decreto se llega a la conclusión ya mencionada, en el sentido que las cuentas manejadas, a través de la fiducia pública, deben ser marcadas por la Dirección Distrital de Tesorería, por cuanto IDIGER es un órgano ejecutor del presupuesto, precisamente porque es el ordenador de los pagos que se realizan desde estas cuentas y porque, de conformidad con el inciso tercero del artículo 9º del mencionado decreto, son cuentas en las que se manejan exclusivamente recursos públicos, tal como lo certifica el Director General de IDIGER.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

Por todo lo expuesto, en relación con las cuentas bancarias para la administración de recursos públicos FONDIGER, derivadas del contrato de fiducia pública No 294 de 2017, en las que se manejan exclusivamente recursos públicos, procede su marcación por parte del Tesorero Distrital.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica, se solicita verificar si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, informe de manera inmediata a la Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO
Director Jurídico
lpazos@shd.gov.co

Radicado: 2017IE13536
Aprobado por: Manuel Avila Olarte MAO
Proyectado por: Clara Inés Díaz A

