



ORIGEN: Sd:197 - DESPACHO DEL DIRECTOR JURÍDICO/PAZOS GALIN
DESTINO: OFICINA DE GESTIÓN DE PAGOS/PEREZ RAMOS JOSE ALEJ
ASUNTO: TESORERÍA APLICACIÓN ORDENES DE EMBARGO A CONTR
OBS: ALFONSO SUAREZ RUIZ

Bogotá, D. C.

Doctor
JOSE ALEXANDER PÉREZ RAMOS
Jefe Oficina Gestión de Pagos
Dirección Distrital de Tesorería
Secretaría Distrital de Hacienda
KR 30 No 25 90 P 1
NIT. 899.999.061-9.
Ciudad

CONCEPTO

Referencia	Radicación 2018IE22691
Tema	Tesorería
Descriptor	Aplicación órdenes de embargo a contratistas y/o proveedores, peculio exclusivo.
Problema jurídico	¿Cuál es la naturaleza de los recursos que se giran a terceros por la Tesorería Distrital, como consecuencia de las órdenes de pago emitidas por las entidades distritales? ¿Cuál es la interpretación y la aplicación de la expresión "Decretase el embargo y secuestro de los dineros que hagan parte del peculio exclusivo , como participación corresponda y en el porcentaje que ostentan como integrante de una unión temporal?"
Fuentes formales	Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital, Decreto Distrital 714 de 1996, Decreto Distrital 816 de 2017.

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA:

El Jefe de la Oficina Gestión de Pagos de la Dirección Distrital de Tesorería de la Secretaría Distrital de Hacienda solicita pronunciamiento respecto de:

*Cuál es la interpretación de la orden judicial "Decretase el embargo y secuestro de los dineros que hagan parte del **peculio exclusivo**, como participación corresponda y en el porcentaje que ostentan como integrante de una unión temporal."*

Así mismo, solicita concepto en relación con la naturaleza de los recursos que se giran a terceros por la Tesorería Distrital, como consecuencia de las órdenes de pago emitidas por las entidades distritales, en que momento dejan de ser recursos públicos y en qué momento se convierten en recursos del beneficiario de las órdenes de pago.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE MUJERES

ANTECEDENTES:

Surge la preocupación de la Oficina de Gestión de Pagos de la Dirección Distrital de Tesorería respecto de cómo deben proceder ante casos especiales de órdenes judiciales que no precisan el porcentaje a descontar, ni la forma de aplicar el embargo sobre las órdenes de pago, radicadas por parte de las diferentes entidades de la administración central y los Fondos de Desarrollo Local.

Tal es el caso del embargo ordenado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta, dentro del Proceso Ejecutivo N° 470013103001-20180015300, por valor de \$6.120.000.000 a la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD-FUNDESOL, Fundación que hace parte de la Unión Temporal FUNDESOL – IBERO, la cual tiene suscrito el contrato 259 de 2017 con la Secretaría Distrital de la Mujer.

Previo a resolver la consulta, se desarrollan las siguientes consideraciones:

SUSTENTO LEGAL Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las órdenes judiciales deben cumplirse en los términos que fije el juez¹, por lo cual transcribiremos la orden judicial:

“CUARTO: Décrete el embargo y secuestro de los dineros que hagan parte del peculio exclusivo, como participación correspondan a FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL, en el porcentaje que ostenta como integrante de la Unión Temporal FUNDESOL – IBERO, y que adeude la Secretaría Distrital de la Mujer, perteneciente a la Alcaldía Mayor de Bogotá según contrato 259 de 2017. Oficiese a la Tesorería de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en tal sentido.” (subrayado fuera de texto)

El Juez decreta el embargo y secuestro de los dineros que hagan parte del **peculio exclusivo** o patrimonio exclusivo que tenga la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**, dentro del porcentaje que tiene la mencionada fundación como integrante de la Unión Temporal FUNDESOL – IBERO.

¹ Respecto de la obligación del cumplimiento de las sentencias, se procede a citar lo indicado por la Corte Constitucional Sentencia T-216/15 Referencia: Expediente T-4.752.102 Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

“-La observancia de las providencias ejecutoriadas, además de ser uno de los soportes del Estado Social de Derecho, hace parte del derecho de acceder a la administración de justicia - artículo 229 superior-. Este se concreta no sólo en la posibilidad de acudir al juez para que decida la situación jurídica planteada, sino en la emisión de una orden y su efectivo cumplimiento: valga decir, en la aplicación de la normatividad al caso concreto”.

Para determinar el **peculio exclusivo**, es decir del patrimonio de la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**, y diferenciarlo de los demás pagos incorporados en el contrato, resulta fundamental determinar: i) la forma de pago pactada contractualmente y ii) los términos de ejecución del Contrato No. 259 de 2017, a saber:

*Cláusula Primera. -Objeto: Prestar el servicio integral para la puesta en marcha y funcionamiento de las **Casas Refugio para la atención a mujeres víctimas** y sus personas a cargo de acuerdo con las características técnicas descritas en el anexo técnico y las normas vigentes que regula la materia. (resaltado fuera del texto)*

*“Cláusula Quinta. **Valor y firma de pago:** El valor de este contrato será hasta por la suma de **DIEZ MIL QUINIENTOS SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$10.506.974.178)**, incluidos los impuestos a que haya lugar y demás costos directos e indirectos en los que deba incurrir el futuro contratista con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato.*

PARÁGRAFO PRIMERO: El valor relacionado con anterioridad se encuentra discriminado de la siguiente manera:

VIGENCIA	VALOR
2017	\$3.090.286.524
2018	\$3.708.343.827 (Este valor se ajustará con el IPC, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones y documentos del proceso)
2019	\$3.708.343.827 (Este valor se ajustará con el IPC, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones y documentos del proceso)
TOTAL	\$10.506.974.178

Parágrafo Segundo: La Secretaría, pagará el valor del contrato en moneda legal Colombiana, previa programación del PAC y en mensualidades vencidas o fracción de mes, de conformidad con los servicios efectivamente prestados, soportados, facturados, teniendo en cuenta los precios obligatorios de referencia definidos por la Entidad en el Anexo de Precios Obligatorios de Referencia, y con la presentación de los siguientes documentos: a) Informes de ejecución administrativa, técnica, operativa y financiera que contenga la relación de la población atendida en cada mes con fecha de ingreso, esta última cuando se hayan presentado egresos solamente, (con soportes, en formato de **LA SECRETARÍA** y con aprobación de la supervisión del contrato). B) Planillas diarias suscritas por las personas acogidas que evidencien el servicio de alojamiento, alimentación, transporte, vestuario entregas de kits de aseo personal y en general, donde consten todos los servicios y bienes que sean entregados. Dichas planillas deben contener los vistos buenos de la Coordinadora Administrativa y/o Técnica de la Casa Refugio y deben encontrarse archivadas por orden cronológico y con consecutivo de foliación. C) Informe de actividades de orientación llevadas a cabo

con las áreas de derecho, trabajo social, psicología, pedagogía, nutrición y enfermería durante el respectivo periodo con registro de asistencia de las personas acogidas y visto bueno de la Coordinadora Técnica de la Casa Refugio. d) Certificado de cumplimiento o acta de recibo a satisfacción expedido por la supervisora del contrato. E) Acreditar los pagos a la seguridad social del artículo 50 de la Ley 2002, modificada por la Ley 828 de 2003 y el artículo de la Ley 1150 de 2007, de las personas contratadas para la ejecución del contrato y recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato. F) La factura con el cumplimiento de los requisitos legales, y g) Las demás descritas en el anexo de requerimientos técnicos.

Parágrafo Tercero: En ningún caso se reconocerán intereses de mora o gastos adicionales causados por no haber cumplido a tiempo con alguna obligación financiera.

Parágrafo Cuarto: La cancelación del valor del contrato, por parte de **LA SECRETARÍA, AL CONTRATISTA** se hará mediante el Sistema Automático de pagos, realizando consignaciones en la cuenta que posea el mismo en una entidad financiera, de acuerdo a la información suministrada por **EL CONTRATISTA**.

PARÁGRAFO QUINTO: Los recursos presupuestales de vigencias 2017, 2018 y 2019 deberán ser ejecutados al 31 de diciembre de la vigencia respectiva, en consecuencia, los mismos podrán tener ejecución de vigencias diferentes. Así mismo, los recursos no ejecutados de la vigencia respectiva serán liberados mediante documento escrito entre las partes y solicitud por parte de la supervisora, a la Dirección de Gestión Administrativa y Financiera.

PARÁGRAFO SEXTO: El valor facturado por el contratista, no podrá superar los valores unitarios establecidos en el Anexo de Precios Obligatorios de Referencia, ni podrá superar los valores relacionados en el anexo de oferta económica de su propuesta, en lo que tiene que ver con la Administración, Imprevistos y Utilidades.”

Sumado a lo anterior, vale la pena tener en cuenta el oficio N° 1-2018-003442 del 10 de agosto, expedido por la Secretaría Distrital del Mujer y dirigido al Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta, en donde se señala que los pagos hechos a la Temporal FUNDESOL – IBERO, con ocasión a la ejecución del Contrato No. 259 de 2017, tienen por destinación el cubrimiento de costos directos e indirectos.

En relación con los **costos directos**, se tienen los rubros propios de la ejecución del contrato, cuyos precios o costos están previamente definidos por la Secretaría Distrital de la Mujer, dentro de los cuales podemos encontrar: pago de talento humano, arrendamientos, vigilancia, servicios públicos, elementos de botiquín, aseo institucional, elementos de aseo, elementos de papelería, vestuario de personas acogidas, gasto de transporte mujeres acogidas, alimentación, alquiler de bienes y muebles. De otro lado, sobre los **gastos indirectos**, se destaca que estos se refieren

al pago de rubros de administración imprevistos y **utilidades**, así como el rubro de impuestos.

Dado lo anterior, en el caso concreto se puede evidenciar que los únicos recursos que entran a hacer parte del peculio o patrimonio **exclusivo** de la Unión Temporal son los comprendidos por el rubro de **utilidades**; mientras que, los demás rubros están dirigidos a la ejecución del contrato.

En razón a ello, la medida cautelar de embargo, tal como señala el juez, debe darse sobre el 50% de los recursos que hacen parte del peculio exclusivo del particular, esto es, sobre aquellos que se cancelen por concepto de **utilidades** y que hacen parte del rubro o patrimonio de la *FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL*.

En efecto, en los documentos contractuales,² de la Secretaría Distrital de la Mujer, las **utilidades** del contratista se distinguen expresamente de los costos directos del Contrato 259 de 2017.

Finalmente, se pregunta sobre la naturaleza de los recursos que se giran a terceros por la Tesorería Distrital, como consecuencia de las órdenes de pago emitidas por las entidades distritales, esto es, a partir de qué momento dejan de ser recursos públicos y en qué momento se convierten en recursos del beneficiario de las órdenes de pago.

Al respecto, se tiene que en general los recursos girados a terceros por parte de las entidades distritales a través de órdenes de pago son recursos que pertenecen al tercero, por cuanto una vez son girados, los mismos se ejecutan presupuestalmente y por dicho motivo dejan de ser recursos públicos.

Sin embargo, en el caso de la contratación estatal, deben revisarse dos casos excepcionales que permiten identificar el peculio exclusivo: i) los eventos en los que en el contrato y más concretamente en su forma de pago, se discriminan los costos directos del contrato, referidos a la ejecución directa del contrato, como sucede en los eventos en los que se pacta el AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades). Ello en razón a que en estos contratos es posible determinar las utilidades del contratista, las cuales corresponden al peculio exclusivo del mismo.

La segunda excepción ii), se refiere a los casos en los que se pacta la entrega de anticipo³, el cual también es considerado por la jurisprudencia como un préstamo concedido al contratista y por lo tanto, se reconoce que su naturaleza es la de recursos públicos.

²Información suministrada por la Secretaría Distrital de la Mujer al Juez Ejecutor.

³



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SE PIDE TARIFA DE USO DE SERVICIOS

Con el fin de dar una mayor ilustración a la respuesta, se destaca que el Parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 -*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*- contempla las figuras del anticipo y del pago anticipado en los siguientes términos:

*(...) Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales **se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos**, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.* (Resaltado fuera de texto)

Respecto de estas dos figuras, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de junio de 2001 con ponencia del Doctor Ricardo Hoyos Duque⁴, indica que:

*“La diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. **Lo más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato de ahí que se diga que los recibió en calidad de préstamo**; en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada.*

(...)

“No puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro” (Subrayado fuera de texto).

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número 44001-23-31-000-1996-0686- 01 (13436). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

CONCLUSIÓN

Una vez realizado el anterior análisis, se procede a dar respuesta en los siguientes términos:

1. *¿Cuál es la interpretación y la aplicación de la expresión “Decretase el embargo y secuestro de los dineros que hagan parte del **peculio exclusivo**, como participación corresponda y en el porcentaje que ostentan como integrante de una unión temporal?”*

De lo anteriormente analizado, se concluye que el embargo ordenado por el juez debe darse sobre los recursos con destino al rubro de **utilidades** establecido como un gasto indirecto del contrato, que entran a hacer parte del patrimonio o peculio exclusivo de la Unión Temporal, cuya participación de la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**.

En este sentido, se cumple con la orden judicial, ejecutando el embargo sobre el giro al contratista, en lo que se refiere a las utilidades, tal como éstas se encuentran estipuladas contractualmente.

2. *¿Cuál es la naturaleza de los recursos que se giran a terceros por la Tesorería Distrital, como consecuencia de las órdenes de pago emitidas por las entidades distritales? ¿En qué momento dejan de ser recursos públicos y en qué momento se convierten en recursos del beneficiario?*

Los recursos presupuestados para la entidad ejecutora y comprometidos mediante la suscripción de un contrato y el correspondiente Registro Presupuestal, son recursos públicos hasta la realización del pago, a partir de allí, estos recursos dejan de ser públicos e ingresan en el patrimonio del particular.

Sin embargo, se reitera que esta regla general admite dos excepciones que permiten identificar el peculio exclusivo: i) cuando en en la forma de pago del contrato se pacta la utilidad como un costo independiente de los costos de ejecución del contrato y ii) cuando se está frente a un anticipo, pues la jurisprudencia lo ha catalogado como un recurso público.

En este sentido, se comparten las explicaciones brindadas por la Secretaría Distrital de la Mujer, en el oficio dirigido al Juez Ejecutor. No sobra advertir que tal Secretaría funge como ordenadora de gasto y de pago, respecto del contrato 259 de 2017.

En tal sentido, se considera pertinente que la Tesorería Distrital coadyuve la solicitud que ha formulado la Secretaría Distrital de la Mujer al Juez ejecutor.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SE PUEDE TRABAJAR DE MANERA MEJOR

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica, 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

Radicado: 2018IE22691
Revisó: Manuel Ávila Olarte **MAO**
Proyectó: Alfonso Suarez Ruiz