



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

RESOLUCION No. 3115
(31 de mayo de 2013)

**POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO
APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 0237 DEL 4 DE ABRIL DE 2013,
PROFERIDA POR EL SECRETARIO DE HACIENDA MUNICIPAL.**

El Secretario de Hacienda del Municipio de Pasto, en ejercicio de sus competencias legales, y en especial, de la delegación que le confirió el artículo segundo de la Resolución No. 080 de 2013, emitida por el Sr. Alcalde de Pasto, previos los siguientes

ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución No. 0237 de 4 de abril de 2013, el suscrito Secretario de Hacienda Municipal de Pasto, resolvió "Aprobar la fiducia en garantía constituida por ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., mediante contrato número 4133993, de 21 de marzo de 2013, suscrito con FIDUCIARIA BOGOTÁ, para efectos del cumplimiento del parágrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario Municipal", y decidió notificar dicha decisión, no solo al Representante Legal de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., sino a quienes fueron terceros intervinientes en la actuación administrativa que culminó con el otorgamiento de la licencia de ocupación e intervención de espacio público, al considerarlos terceros interesados. Dispuso, igualmente, que contra aquel acto administrativo era procedente "[...] el recurso de reposición [...]".
2. Para realizar dicha aprobación, se consideró que que: 2.1. La empresa ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., radicó el día 16 de septiembre de 2009 solicitud de licencia para la intervención y ocupación del espacio público, respecto de la instalación de redes, con destino a la prestación de un servicio público domiciliario – tuberías de gasoducto – en el casco urbano del Municipio de Pasto; 2.2. Que, mediante Resolución No. 438 de 13 de noviembre de 2012 y 441 de 14 de noviembre de 2012, última que corrigió la primera, la Secretaría de Planeación del Municipio de Pasto, concedió la licencia solicitada, para lo cual adujo, que se cumplió con los requisitos previstos en el Decreto 564 de 2006, que reguló la materia, al tiempo de la radicación de la solicitud; 2.3. Que, recurrida aquella decisión, mediante Resolución No. 080 de 13 de febrero de 2013, emanada del Despacho del Sr. Alcalde de Pasto, se resolvió el recurso incoado por la tercera interviniente, y con modificaciones, se concedió la licencia de ocupación e intervención de espacio público, que fue requerida; 2.4. Que, en el artículo segundo, del último acto administrativo, que se citó, se dispuso:

"[...] Delegar en el Secretario de Hacienda del Municipio de Pasto, la facultad de

1
NIT.: 891280000-3
Centro de Atención Integral al Ciudadano Calle 18 No. 19 - 54 - Antigua Caja Agraria
Teléfonos: +(57) 2 7333300 Ext.: 1001, 1002, 1031
Línea Gratuita Nacional: 01 8000 961010



www.pasto.gov.co



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

aprobar el cumplimiento del requisito previsto en el parágrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario del Municipio de Pasto, para lo cual, hasta el monto que allí se dispone, tendrá facultades como ordenador del gasto”, y que en dicha decisión a manera de un obiter dicta se indicó que el objeto del requisito señalado en el parágrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario Municipal, es “[...] garantizar la reparación y/o reparacheo de la vía objeto de la apertura, previa liquidación por parte de Planeación Municipal, por metro lineal, con la inclusión de todos los costos que demande la ejecución de la obra, y tal depósito, así como la garantía bancaria o póliza correspondiente, constituyen un requisito para que pueda darse inicio a los trabajos correspondientes [...] lo anterior no desconoce la viabilidad de otras figuras, verbi gratia, la fiducia en garantía, en donde se ofrece un respaldo idóneo y suficiente para el cumplimiento de las obligaciones”;

2.5. Que, mediante comunicación de 1º de marzo de 2013, la Gerente de FIDUBOGOTA, Regional Huila – Caquetá, emitió certificación sobre la características del contrato de fiducia en garantía, y señaló que: “[...] El producto que se contrata es un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración con fines de garantía, es un mecanismo que se ajusta a los requerimientos hechos por el Municipio de Pasto en su Resolución No. 080 del pasado 13 de febrero de 2013, dado que, en virtud de éste, se constituirá un patrimonio autónomo, independiente del patrimonio de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., que tendrá por finalidad garantizar las obligaciones de reposición de pavimentos adquiridas por dicha sociedad con el Municipio de Pasto.- Este patrimonio autónomo, según lo señalado en el artículo 1238 del Código de Comercio, no puede ser perseguido por los acreedores de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., posteriores a su constitución y le ofrece la posibilidad al Municipio de Pasto de exigir los recursos, dado el caso, ya que prevé un procedimiento explícito para ello [...]”, y el día 26 de marzo de 2013, por parte de la empresa ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., se remitió al Despacho del Secretario de Hacienda, el original del contrato de fiducia en garantía No. 4133993 de fecha 21 de marzo de 2013, suscrito entre ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y la fiduciaria de Bogotá FIDUBOGOTA, en el que se constituye la fiducia en garantía a favor del Municipio de Pasto, por un valor de TRES MIL OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL PESOS M.I. [(\$3.008.905.831.00)], monto liquidado por la Secretaría de Planeación, con el formato con número de radicación, 127, licencia de intervención y ocupación de espacio público radicado con el número 3401 – 2009, monto que es transferido de una manera irrevocable para garantizar la reposición de andenes y pavimento en los términos que señaló la Secretaría de Planeación Municipal;

2.6. Que, en la cláusula 8.2.2. del contrato se reguló los desembolsos de los recursos que deberán ser transferidos al Municipio de Pasto, en su condición de ACREEDOR VINCULADO, en caso de incumplimiento por parte de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., respecto de

¹ Dicho de paso.



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

su obligación de reponer las vías, así como el pavimento, que se lleguen a afectar, como consecuencia del otorgamiento de aquella licencia, de manera que se cumpla con el cometido del párrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario Municipal de Pasto; y. 2.7. Que, mediante comunicación de 2 de abril de 2013, dirigida al Despacho del Secretario de Hacienda Municipal de Pasto, la Gerente de FIDUBOGOTA – Regional Huila/Caquetá -, certificó que se constituyó la fiducia en garantía, y que se realizó el depósito de los recursos en la suma atrás referida, los que fueron así, trasladados de manera ‘irrevocable’ al patrimonio autónomo constituido en virtud del contrato de fiducia en garantía.

3. Inconforme con dicha decisión, se presentó como tercera interesada, con la mediación de apoderado judicial, la Sra. Aura María Hinestrosa Díaz del Castillo, y manifestó presentar recurso de reposición y en subsidio de apelación, en contra de la Resolución No. 0237 de 4 de abril de 2013, y que sustentó en los siguientes términos:

3.1. En primer término, se refirió a un aspecto de competencia, aduciendo que el Alcalde de Pasto, carecía de ésta, pues no contaba con autorización legal, para delegar. Sobre el particular expuso, que solo se puede delegar con autorización legal previa, y que en el caso *sub examine*, no existe una norma de tal estirpe, que así lo haya autorizado, de donde, consideró, que la delegación realizada al Secretario de Hacienda Municipal, es contraria a derecho. Y reclamó, que en todo caso, el delegante conserva competencia para reasumir aquella, o para controlarla, entre otras, por vía del recurso de alzada.

3.2. Expresa, que aceptando en gracia de discusión, aquella delegación, ella no otorga la facultad que creyó habersele dado al Secretario de Hacienda, pues no permite que se apruebe una figura diferente de la contemplada en el párrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario Municipal, y se refiere que al delegarse, se circunscribió aquella competencia del delegado, a la norma mencionada, y no a otra. De donde, éste solo puede aprobar el depósito. Para ello invocó, el artículo 27 del Código Civil, en cuanto, si una norma es clara, no es dable desconocerla, so pretexto de consulta su espíritu, y que, los comentarios realizados en la resolución No. 080 de 2013, sobre formas de garantía, no son más que eso, comentarios, pero no una orden, para desconocer el depósito, figura contemplada como única en el Estatuto Tributario Municipal. Indica que la fiducia en garantía aprobada, implica el depósito de los dineros en un tercero, no en el Municipio de Pasto, lo que en su decir, constituye un riesgo ‘monumental’ y una ilegalidad, y que se desconoce, además, si tal depósito realmente existió, pues, en tal propósito, solo existe una manifestación de la fiduciaria, y que no se ha dado una constancia del recibo de ese dinero y de su registro con el destino manifestado, que se pueda así, auditar y



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

contabilizar. Luego, expuso diferencias entre el depósito y la figura de la fiducia en garantía, para decir que frente a esta última, existe el riesgo de que los recursos puedan ser perseguidos por terceros, esto es, por los acreedores de quien figura como deudor – fideicomitente, anteriores a la constitución de la fiducia, sin que para ello, sea necesario demostrar un fraude, conclusión que derivó de interpretar el inciso primero del artículo 1238 del Código de Comercio, y se refirió a una decisión de la Corte Suprema de Justicia, que no identificó, según la cual, se autorizó que sean perseguidos los bienes fideicomitidos, aunque el patrimonio autónomo no se haya constituido con el fin de defraudar un crédito, y que para ello, solo se requiere de dos requisitos: la preexistencia del crédito y la acreditación de un interés jurídico, serio y actual que justifique la aniquilación de la fiducia, acción que se diferencia de aquella pauliana, que sí exige un ánimo defraudatorio. En lo anterior funda, que no podría el Secretario de Hacienda, cambiar la figura del depósito, por la fiducia en garantía, pues la última está sujeta al "[...] voivén de los riesgos". Y también se refirió a la figura y su improcedencia en el aspecto tributario, pues, un patrimonio autónomo implica unas obligaciones de esta índole, las que no están establecidas para la figura del depósito, de donde, deriva la inconveniencia de la figura, y la carga para el Municipio de Pasto, que no tendría, porque asumirla, y se refirió al impuesto de renta y complementarios, retención en la fuente, IVA, GMP, predial, industria y comercio, delineación urbana, la obligación de facturación, y finalmente, en este aspecto, aludió que no se ha cumplido con la obligación del registro de contratos fiduciarios, sin explicar, cómo, de todos los aspectos referidos, la fiducia en específico constituida, se encontraría afectada, por incurrir en los hechos gravables, que tales figuras contemplan.

- 3.3. En referencia al contrato en particular, expuso que no es viable que se haya pactado que los rendimientos correspondan a ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., pues ello, contradice las normas de la figura del patrimonio autónomo, dado que aquellos, son del propio patrimonio y del beneficiario, pero no suslenta normativamente, aquel decir. Y reprocha, que al constituirse tal figura, la empresa fiduciaria se abrogó unas facultades, que no le competente, como averiguar información de la entidad territorial indebidamente, pues, el garantizar la reposición de un pavimento, no tiene porque, tener esos alcances.
- 3.4. Indicó que el Secretario de Hacienda, además de abrogarse facultades que no eran de su competencia, omitió otras, en su decir, con igual gravedad, como haber aceptado unos acuerdos contractuales realizados por el Secretario de Planeación Municipal, "[...] en función de apoyar ilegalmente a la empresa Alcanos, pues dicho funcionario carece de competencia para contratar a nombre del Municipio en aspectos que le competen al Alcalde {...}", y en dar por cierto, lo



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

establecido en el artículo quinto, de las consideraciones del contrato de fiducia, cuando dice que el Municipio de Pasto, aceptó su celebración, pues, no existe ningún acto administrativo emitido en dicho sentido, por autoridad del municipio, con competencia para ello.

- 3.5. Finalmente, considero que fue indebido el procedimiento de notificación, basado en que en el citatorio para notificación se informó que esta se realizaría acorde con lo previsto en el estatuto tributario, el que no puede ser aplicado en la presente actuación administrativa, que no tiene tal naturaleza, y de ello deduce, que se ha invalidado el procedimiento adelantado para el efecto, generándose una causal de nulidad que debe ser corregida. Y que desconcierta, que en el acto de notificación se haya dispuesto que el recurso de reposición deba presentarse en la Subsecretaría Tributaria, y el de apelación ante la Secretaría de Hacienda, cuando fue la última, la que emitió el acto administrativo, objeto de recursos gubernativos, lo que considera, afecta el ejercicio de los derechos de la tercera interviniente, aspecto que sin duda, refiere, deberá corregirse.

Con base en lo anterior, se formulan las siguientes

CONSIDERACIONES

Los problemas que plantea el recurso, se proceden a resolver a continuación, en el siguiente orden temático:

1. De la delegación al Secretario de Hacienda de la facultad de aprobar el cumplimiento del requisito previsto en el parágrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario del Municipio de Pasto.-

Sobre el tema de la delegación de funciones, el Consejo de Estado, ha explicado:

"(...) La jurisprudencia de esta Corporación ha definido las características de la delegación, dentro de las cuales se mencionan las siguientes: a. En primer término, se ha señalado que la finalidad para la cual ha sido creada consiste en posibilitar la distribución de competencias entre las diversas instancias de la Administración, que facilite el cumplimiento de las tareas a ella asignadas con mayor eficiencia, eficacia y celeridad. b. En segundo término, se ha indicado que la delegación es una excepción al principio de improrrogabilidad de la competencia, razón por la cual la antedicha delegación debe estar regulada en la ley. Corolario de lo anterior es la exigencia de autorización legal previa para que pueda producirse la



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

delegación o, en otros términos, la restricción consistente en que las autoridades públicas solo podrán delegar el ejercicio de aquellos asuntos que el legislador expresamente ha autorizado como susceptibles de la multicitada delegación. En esta lógica encuadra la previsión contenida en el artículo 211 de la Carta en el sentido de que la ley deberá fijar las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar. c. También se ha remarcado que "la delegación no implica la pérdida de la titularidad sino la transferencia del ejercicio de la competencia". Dos aspectos interesa destacar de esta afirmación: el primero, que en la medida en que la delegación es esencialmente revocable y en cualquier momento el delegante, igualmente de manera expresa, puede reasumir la competencia delegada, se transfiere tan solo el ejercicio, más no la titularidad de la misma, la cual se mantiene siempre en el catálogo de funciones asignadas por la ley al empleo público correspondiente. Y, el segundo, que si bien tanto la ley y la jurisprudencia – recién citada – como la doctrina han señalado, en no pocas ocasiones que el "objeto de la delegación es la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo", es lo cierto que el propio Constituyente colombiano zanjó la cuestión al establecer que lo delegable son las funciones propias del cargo del cual se trate – artículo 196, inciso 4º, 209 y 211 constitucionales - . d. Discrecionalidad para delegar. Aunque se disponga de la autorización para delegar, al delegante se le garantiza un amplio margen de discrecionalidad para decidir si delega o no el ejercicio de funciones propias de su empleo o cargo y, en caso de hacerlo, para fijar los parámetros y condiciones que orientan el ejercicio de la delegación por parte de él o de los delegatarios. En este punto, debe considerarse que en aplicación de los artículos 209 y 211 de la Constitución, el delegante no podrá tomar decisiones en asuntos cuyo ejercicio haya sido delegado"³.

Y en el mismo pronunciamiento, concretó sobre la figura, lo siguiente:

"[...] La delegación de funciones constituye un mecanismo mediante el cual un funcionario u organismo competente transfiere de manera expresa y por escrito, en las condiciones señaladas en el acto de delegación y en la ley, a uno de sus subalternos o a otro organismo, una determinada atribución o facultad, siempre y cuando se encuentre para ello autorizado por la ley.

"La ley 489 de 1998, se ocupó sobre este tema en particular y en sus artículos 9º y siguientes dispuso:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil nueve (2009).



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

"**Artículo 9º.** Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias. Sin perjuicio de las delegaciones previstas en las leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos a los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

"Parágrafo.- Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos".

"**Artículo 10º.** Requisitos de la delegación. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

"[...]".

"**Artículo 11º.** Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

"1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.

"2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.

"3. Las funciones que por su naturaleza o mandato constitucional o legal no sean susceptibles de delegación".

"[...]".

De todo lo anterior se tiene con claridad que en el caso *su examine* la delegación que se realizó cumplió con los presupuestos legales pues, a contrario sensu de lo manifestado por



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

el recurrente, se encuentra autorizada constitucional y legalmente³, y frente al tema en específico no existe prohibición expresa para su realización, y recayó sobre funcionario autorizado para el efecto, del nivel directivo de la administración del Municipio de Pasto, y con funciones compatibles con aquella, al tratarse del Secretario de Hacienda de la entidad territorial. La disconformidad del recurrente, en este aspecto, no salve adelante.

2. De la fiducia mercantil en garantía y el cumplimiento de la garantía que está prevista en el Estatuto Tributario del Municipio de Pasto –

2.1. De la fiducia mercantil con fines de garantía en general.

Sobre los orígenes de la figura, la doctrina refiere, que en el derecho germano, "[...] se conoció la denominada prenda inmobiliaria [...]. El deudor transmitió a su acreedor, con fines de garantía, un bien inmueble mediante la entrega de una *carta venditionem* y al mismo tiempo obligaba al acreedor con una "contra carta" a la restitución del primer documento y del inmueble transferido, en caso de que el deudor cumpliera puntualmente con su obligación"⁴, y sobre el particular, ha dicho el tratadista Sergio Rodríguez Azuero⁵ que "[...] por garantía, se entiende, según el Diccionario de la Lengua Española, el "efecto de afianzar lo estipulado", esto es, de contar con un mecanismo o instrumento de apoyo a la obligación principal para asegurar su cumplimiento. Y que, de conformidad con el Código Civil, entiéndese por caución "... cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación, propia o ajena". Son especies de caución – agrega – la fianza, la hipoteca y la prenda". Como salta a la vista de las definiciones transcritas, las garantías son, por regla general accesorias, esto es, dependen, en su nacimiento y extinción, de la suerte de la obligación principal cuyo cumplimiento se pretende asegurar", de allí que sobre la figura de la fiducia en garantía, se diga que, su objeto lo constituye una transferencia de bienes o derechos, acompañada de una misión de administración definida en el contrato, de tal forma, que los bienes transmitidos forman un patrimonio "separado", que difiere del patrimonio del fiduciario, y por ende, los bienes no pueden ser embargados ni por los acreedores del constituyente, ni por los personales del fiduciario, al tratarse del llamado patrimonio de *afectación*.

El autor últimamente citado⁶ refiere que,

"Más allá de estas preferencias, nuevos enfoques económicos y experiencias jurídicas marcaron el camino en épocas recientes. De ahí que, para los hombres de empresa y la lógica económica, la convicción de que nada es mejor que la eficiencia, haya

³ Art. 211 C.N./91 y L. 489 de 1998.

⁴ HERNANDEZ PEREZ, Hugo. *El fideicomiso de garantía y la llamada ejecución fiduciaria*. En tesis de grado, Ciudad de México, Escuela Libre de Derecho, 1982, P. 117.

⁵ *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Primera edición, Legis, 2005. Pág. 462.

⁶ *Idem*, Pág. 463.



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

llevado a que se prefiera la garantía que, simultáneamente, es fuente de pago, esto es, que genera la **caja necesaria para pagar la obligación**. Propósito comprensible pues, de conformidad, con las normas generales, una cosa es tener la garantía y otra lograr su ejecución. Por consiguiente, si ante el incumplimiento de la obligación principal debo optar por ejecutar la garantía, la circunstancia de tener que acudir a un engoroso proceso judicial para rematarla y volverla efectiva y, solo en ese momento, poder cobrar, hace que automáticamente resulte poco atractiva. Si en cambio, por ejemplo, tengo una prenda sobre cartera de primera calidad que voy cobrando, el dinero recaudado será aplicable directamente al pago del adeudo insoluto, sin requerir trámite judicial alguno, en virtud, normalmente de la compensación que, como medio extintivo de las obligaciones, operará en este evento⁷.

De esta forma, bajo la aplicación de esta figura, el acreedor podrá cobrar con la simple afirmación de incumplimiento del deudor y el garante, queda obligado al pago, solo con el requerimiento de que lo haga, sin que tenga que consultar al deudor, ni inquirir por la suerte de la obligación garantizada, esto es, sin que se pueda escudar en razones que se vinculen con lo último, o con la posición del deudor, para negarse al pago. *"Bajo una noción sencilla puede decirse que mediante la fiducia en garantía una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser estas satisfechas en su oportunidad. Por este aspecto, presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de la garantía, como la prenda y la hipoteca, por cuando el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales enderezados a rematar los bienes, sino que, en cumplimiento de la orden recibida de su cliente, el banco procede a venderlos o liquidarlos y a satisfacer la obligación"*⁷.

Esta figura, en términos de la circular básica jurídica de la entonces Superintendencia Bancaria⁸ es *"[...] aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designado como beneficiario acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitidos para que con su producto se pague el valor de la obligación o saldo in soluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato. Las obligaciones así garantizadas, se considerarán para efectos de calificación de cartera que corresponde efectuar a las instituciones financieras, de garantía admisible, según lo dispuesto en el artículo 4º, literal e), del Decreto 2360 de*

⁷ Idem, Pág. 464.

⁸ Superintendencia Financiera.



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

1993"⁹. Se puede constituir, sobre cualquier tipo de bienes, muebles o inmuebles, sean materiales o inmateriales, pues sobre el particular no existe restricción alguna.

Y en la doctrina que hemos seguido, frente a las obligaciones del fiduciario, se refiere que "[...] el trustee o fiduciario, utilizando entonces, indistintamente las expresiones, está obligado a revisar el acto constitutivo de la fiducia y cualquier acuerdo adicional como típica manifestación del deber de diligencia. Es decir, un trustee que acepta un encargo, tiene que hacerlo, si puede utilizarse la expresión, con los ojos abiertos, tiene que saber qué le encomiendan, tiene que saber que bienes le entregan, tiene que evaluar si está en condiciones y en capacidad de cumplir el encargo"¹⁰, y frente a las obligaciones de las partes, la doctrina destaca, que se deben pactar de manera clara, y de cara a los fines de la fiducia, así por ejemplo, "[...] **los gastos del encargo, corren, en principio, de su cuenta** [refiriéndose al fideicomitente - deudor] **e incluyen los impuestos (...)**"¹¹ [Las negritas no corresponden al texto de origen], agregándose a ello, aquella provisión de fondos para gastos.

Y al igual que el depósito de dinero, de que trata el artículo 1173 del Código de Comercio, la fiducia en garantía, es tratada como garantía admisible, a partir del año 1993, según quedó previsto en el D. 2360, art. 4°. En efecto, se dispuso:

"[...] Clases de garantías o de seguridades admisibles. Las siguientes clases de garantías o seguridades siempre que cumplan las características generales indicadas en el artículo anterior, se considerarán como admisibles:

"a) Contratos de hipoteca;

"b) Contratos de prenda, con o sin tenencia y los bonos de prenda;

"c) Depósitos de dinero de que trata el artículo 1173 del Código de Comercio.

"d) Pignoración de rentas de la Nación, sus entidades territoriales de todos los órdenes y sus entidades descentralizadas.

"e) Contratos irrevocables de fiducia mercantil, inclusive aquellos que versen sobre rentas derivadas de contratos de concesión.

"f) Aportes a cooperativas en los términos del artículo 49 de la ley 79 de 1988.

⁹ Circular Básica Jurídica, Título V, Capítulo I, No. 3.

¹⁰ Idem, Pág. 466.

¹¹ Idem, Pág. 467.



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

"g) La garantía personal de personas jurídicas que tengan en circulación en el mercado de valores papeles no avalados calificados como de primera clase por empresas calificadoras debidamente inscritas en la Superintendencia de Valores. Sin embargo, con esta garantía no se podrá respaldar obligaciones que representen más del quince por ciento (15%) del patrimonio técnico de la institución acreedora.

"PAR. 1º. Los contratos de garantía a que se refiere el presente artículo podrán versar sobre rentas derivadas de contratos de arrendamiento financiero o leasing, o sobre acciones de sociedades inscritas en bolsa. Cuando la garantía consista en acciones de sociedades no inscritas en bolsa o participaciones en sociedades distintas de las anónimas, el valor de la garantía no podrá excederse sino con base en los estados financieros de la empresa que hayan sido auditados previamente por firmas de auditoría independientes, cuya capacidad e idoneidad sea suficiente a juicio de la Superintendencia Bancaria.

"PAR. 2º. La enumeración de garantías admisibles contempladas en este artículo no es taxativa; por lo tanto, serán garantías admisibles aquellas que, sin estar comprendidas en las clases enumeradas en este artículo, cumplan las características señaladas en el artículo anterior" (Las subrayas son fuera de texto).

Significando lo anterior que tanto el depósito de dinero de que trata el artículo 1173 del Código de Comercio, como la fiducia en garantía, forman parte de la clase de garantías o seguridades admisibles.

Como ventajas de la figura, por ejemplo, frente al depósito, se encuentra en la época actual, "[...] que ante el rigor de los estatutos que buscan proscribir y sancionar severamente el lavado de dinero, el fiduciario tiene que saber de dónde vienen los recursos y demás bienes que el fideicomitente transfiere"¹², y cuando la fiducia se constituye con dinero, no existe riesgo de un avalúo inferior, aspecto de importancia, cuando se trata de la transferencia de unos inmuebles, que no es el caso, y que sería fundamental, a la hora de prever el debido cumplimiento de lo pactado.

En torno al punto, de la fiducia en garantía y la prenda general de los acreedores, de igual forma, ha dicho la doctrina citada, que

"[...] ha tenido que producirse una larga evolución conceptual y una regulación legislativa creciente, en virtud de las cuales, se reconoce hoy, como característica derivada del reconocimiento de la independencia de los bienes recibidos, que

¹² Idem. Pág. 483.



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

ellos no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario, a pesar de que funja como titular de los mismos. Aunque se haya producido un ingreso de nuevos bienes, la aplicación de la autonomía del patrimonio conduce a sostener que sus acreedores no pueden prevalerse de tal incremento ni perseguir los bienes respectivos, porque, y aquí podríamos volver al derecho inglés, mientras el fiduciario aparece como propietario legal, otro figuran realmente como propietarios en equidad, o, propiamente, beneficiarios de tales derechos. No hay riesgo, ni para el fiduciante ni para el beneficiario, pues las vicisitudes económicas que podía sufrir la entidad fiduciaria no comprometerán la suerte de los bienes recibidos.

"[...] específicamente en punto al fideicomiso, que este no puede ser instrumento defraudatorio y que los actos dispositivos en él envueltos no pueden tener como causa ni como resultado la burla de los derechos de los acreedores. Pero el ejercicio de una acción pauliana enderezada a dejar sin efectos el acto traslativo, para lograr el reintegro de los bienes al patrimonio del fideicomitente, se ha vinculado invariablemente a la prueba, simultánea, del daño causado a los acreedores con la disposición de los activos o eventus damni y del acuerdo torticero y consciente entre los intervinientes de la operación – en nuestro caso fideicomitente y fiduciario – quienes deben haber participado en la realización del acto con el propósito dañoso antes enunciado, actitud que (...) se conoce como concilium fraudis.

"[...]

"Ahora bien, el problema en Colombia ha resultado de la previsión, en la primera parte del artículo en el cual se consagra la acción pauliana, de una posibilidad particular, a cuya virtud, "los bienes del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Y es de la salvedad, desde luego, que han surgido interrogantes. Una primera posición de la Superintendencia Bancaria apoyó la tesis según la cual y aplicando literalmente la norma, un acreedor anterior, dotado de un título ejecutivo, podría perseguir los bienes en un proceso de esa naturaleza. Con esto como salta a la vista, **el negocio quedaría plenamente expuesto, pues la solicitud de un medida cautelar que consiga, por ejemplo, embargar el inmueble sobre el que se desarrolla un importante proyectos de desarrollo turístico, tiene una capacidad de presión, que puede resultar insostenible y echarlo por la borda. Para no imaginar la hipótesis de un deudor de mala fe que transfiera bienes para la constitución de un fideicomiso en garantía, con base en el cual obtenga crédito pleno de los bancos, a sabiendas de que ha dejado acreedores preparados para perseguir los bienes más adelante, en clara**

Centro de Atención Integral al Ciudadano - Calle 18 No. 19 - 54 Antigua Caja Agraria
Teléfonos: +(57) 2 7333300 Ext.: 1001, 1002, 1031
Línea Gratuita Nacional: 01 8000 961010

NIT.: 891280000 - 3



12



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

connivencia punible con el fideicomitente deudor. Todo lo cual generó una natural reacción de la doctrina que expreso en distintos foros y documentos sus reservas e inquietudes sobre el particular.

"Con indudable fortuna, en nuestro entender y como se analiza extensamente en la Circular Básica Jurídica, cuya lectura resulta forzosa en esta materia, la Superintendencia recogió la posición inicial, a partir de una interpretación sistemática de las disposiciones, esto es, amonizándolas entre sí, y sentó una nueva que ha sido objeto de general acogida a nivel conceptual. En lo fundamental y teniendo en cuenta que los contratos son ley para las partes hace ver como el potencial ataque de un acreedor anterior debe enderezarse contra el fideicomitente y el fideicomiso y no directamente contra los bienes¹³, estableciendo el daño sufrido, sin que se requiera, sin embargo, probar acuerdo fraudulento alguno con la fiduciaria, con lo que surge una primera y clara diferencia con la acción pauliana general. Destaca la circunstancia de que, en razón de las disposiciones particulares sobre la materia, la prosperidad de una acción incoada por acreedores anteriores está prevista como causal de terminación del contrato, lo que pone en evidencia que es en ese sentido que debe entenderse la facultad consagrada y anota, por último, que el reintegro de los bienes al patrimonio del fideicomitente consistirá en el cumplimiento de la devolución de los que queden a la liquidación del negocio, como la misma ley lo establece. Ello supondrá desde luego, el pago previo de las obligaciones válidamente contraídas en desarrollo del negocio, como también lo estatuye el código. (Se resalta)

¹³ "Finalmente, para el ejercicio válido de ese 'derecho de persecución de bienes fideicomitados' de que trata el inciso 1º del artículo 1238, los acreedores en cuestión deben acudir a la vía judicial para que se declare la extinción o terminación del negocio fiduciario, toda vez que, precisamente, ese 'derecho de persecución' - que tiene como materia propia un acto jurídico verdadero y completo, cual es un contrato de fiducia mercantil - tiene por finalidad permitirle a tales acreedores la satisfacción de sus créditos, la cual solo se logra mediante la reconstitución del patrimonio del deudor - fideicomitente" ... "Finalmente, desde el punto de vista pasivo, la acción de persecución de los bienes fideicomitados por parte de los acreedores anteriores a la celebración del contrato de fiducia mercantil debe dirigirse contra el deudor fideicomitente y contra la sociedad fiduciaria como titular del patrimonio autónomo y, en su caso, también contra el beneficiario [C.B.J. T. V, Cap. I, No. 19]. "En el anterior orden de ideas, si con ocasión de la celebración del contrato de fiducia mercantil no se produjo un desequilibrio en el patrimonio del deudor - fideicomitente que le impida satisfacer las obligaciones contraídas con anterioridad a dicha celebración, la acción de persecución no está llamada a prosperar, pues es claro que no se configuraría un *eventus damni* sin el cual no habría interés jurídico para incoar la acción" [C.B.J. T. V, Cap. I, No. 1.9]. "Art. 1227 C. de Co. En conclusión, ocurrida la terminación del negocio fiduciario lo único que subsiste de la relación fiduciaria es el cumplimiento de una obligación que ya nada tiene que ver con el desarrollo del mismo, como es la relativa a la restitución de los bienes fideicomitados, previa la rendición y liquidación comprobada de cuentas de la gestión fiduciaria que constituye el efecto natural y obvio de dicha terminación. Obviamente, dicha rendición y liquidación de cuentas, como paso previo a la restitución de los bienes fideicomitados, presupone para el fiduciario el deber de cancelar anticipadamente a tal restitución las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato y, en el evento de existir obligaciones contingentes, el deber de efectuar las provisiones necesarias para atender su eventual cancelación; entendiéndose que el remanente es el que es objeto de restitución. De esta forma se da cabal cumplimiento al precepto contenido en el artículo 1227 del Código de Comercio" [Negritas fuera de texto, C.B.J. T. V, Cap. I, No. 1.9].

NIT.: 891280000-3

Centro de Atención Integral al Ciudadano - Calle 18 No. 19-54 - Antigua Caja Agraria
Teléfonos: +57) 2 7333300 Ext.: 1001, 1002, 1091
Línea Gratuita Nacional: 01 8000 961010



13

Correo electrónico: denuncia@alcaldiapasto.gov.co www.pastor.gov.co



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

"Algunos han considerado que la posición de la Superintendencia no es obligatoria para los jueces, pues estiman que se trata de una consideración doctrinaria. Sin embargo, no puede olvidarse que la misma entidad ha calificado sus Circulares externas como verdaderas leyes, en sentido material, dado que se trata de actos administrativos de carácter general, razón por la cual resultarían vinculantes para el juzgador, mientras no sean suspendidos o anulados por el Contencioso"¹⁴¹⁵.

De donde, se deriva, sin hesitación alguna, que la fiducia en garantía cumple con todo lo necesario, como negocio jurídico, para llevar a buen fin el encargo.

Ahora, la figura del depósito de dinero en garantía, está prevista en el artículo 1173 del Código de Comercio, y sobre ésta, la Superintendencia Financiera, en concepto número 2010034628 - 002 de 6 de julio de 2010, expuso: "(...) El depósito de dinero en garantía cumple la función de proteger el pago de la obligación debida al depositario y constituye una modalidad de garantía pues se trata de una modalidad que asegura el pago o cumplimiento de una obligación principal, a la cual accede. Este tipo de depósitos no constituye una operación exclusiva de las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia y, en consecuencia, puede ser celebrado por cualquier persona natural o jurídica con capacidad jurídica que requiera caucionar el pago de una obligación" (□ subrayado fuera de texto). Es de anotar, que tal depósito, viene así, ha constituirse para el depositario, en un pasivo, pues, existe la obligación de retornarlo, de no mediar el incumplimiento de la obligación que garantiza. Y esta garantía, sobra decir, tampoco puede ser utilizada en fraude de terceros.

2.2. De la Fiducia en Garantía en el caso sub-examine:

- El Estatuto Tributario del Municipio de Pasto, en el artículo 125 se refirió al impuesto de delineación, ocupación y rotura de vías, tarifas de construcción y otras tasas, y en su párrafo II, estableció que "A manera excepcional el municipio permitirá que una entidad diferente de las Municipales realice estos trabajos cuando se trate de proyectos de ampliación de redes de servicios públicos domiciliarios, en la cual deberá efectuarse un depósito en dinero equivalente al 30% del valor de la obra de reposición del pavimento y el saldo deberá garantizarse mediante una póliza de una Compañía de Seguros legalmente establecida en el país, o mediante constitución de una garantía bancaria, a juicio del Municipio". La

¹⁴ Circular Interna 19 de 2000 de la Superintendencia Bancaria, Circular Básica Administrativa, Título Sexto, Capítulo Primero, No. 5.3.

¹⁵ Idem. Páginas 199 - 208.



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

finalidad de la norma es, de manera evidente, que al terminar los trabajos se encuentre garantizada la reposición del pavimento afectado con las obras.

- Según se desprende de la argumentación del recurrente, la norma antes analizada, en cuanto al depósito, solo contemplaría la posibilidad de depositar el dinero ante la Tesorería del Municipio, a la luz de lo cual sería ilegal el acto recurrido en cuanto aprobó la fiducia en garantía, y criticó esta figura pues menciona que podría el patrimonio autónomo que se constituya ser perseguido por terceros, siempre que se trate de acreedores anteriores a la constitución de la fiducia, que demuestren interés jurídico, sin perjuicio de la acción pauliana, en caso de fraude a terceros.
- No comparte dicha visión la administración. Ha de señalarse en primer término que tanto la *fiducia en garantía* como el *depósito* de dinero con fines de garantía, son especies de un mismo género, esto es, son formas de garantía, y en la clasificación de las mismas, contemplada por la normativa financiera, forman parte del mismo tipo de seguridades admisibles, es decir, que admiten el mismo grado de confiabilidad. Y, es de señalar, tanto una como otra no son posibles en fraude de terceros, esto es, con el fin de aminorar la prenda general de los acreedores, siendo en uno y otro caso, tal negocio jurídico de aseguramiento, así, aniquilables, siempre que el tercero acredite un interés protegible, cierto y directo.
- En el caso *sub examine*, la fiducia en garantía constituida establece el depósito de una suma de dinero en garantía ante entidad autorizada, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, y con ello no se incumple la norma prevista en el Estatuto Tributario Municipal, pues ella establece que debe hacerse un depósito por el 30% del valor liquidado para la reposición de vías, y ello se entiende, claramente, como un depósito a favor del Municipio, sin que se especifique que deba ser realizado en la tesorería de la entidad territorial. Siendo ello así, es válido si se realiza, se itera, ante entidad autorizada. La fiducia en garantía, puesta de presente a la administración, con el fin de acreditarse como cumplido el requisito aludido, no se ha realizado sobre un bien distinto del dinero, y por ello, está participa con rigor, de los elementos del depósito en garantía. En efecto, al observarse el negocio jurídico constituido entre el *fiduciante* y el *fiduciario*, se encuentra lo siguiente:
 - a) Se trata de un contrato irrevocable de fiducia mercantil, de administración, con fines de garantía. Es decir, que igual que la figura del depósito de dinero



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

con fines de garantía, es irrevocable por su constituyente, antes del cumplimiento de aquel propósito, en cuya seguridad se constituyó.

- b) A través de dicho contrato, el fideicomitente deposita en la fiduciaria, la suma equivalente al treinta por ciento (30%) exigida en el Estatuto Tributario Municipal, para garantizar la obra de reposición del pavimento, y con el propósito de que con dichos recursos, de resultar necesario, se atiendan los pagos o desembolsos que se lleguen a requerir por el Municipio de Pasto – Secretaría de Hacienda¹⁶.
- c) Se estableció como acreedor vinculado, esto es, como destinatario del depósito, de darse la condición de incumplimiento del objeto asegurado, al Municipio de Pasto.
- d) Y se pactó restituciones a favor del fideicomitente, del dinero objeto de aquel depósito en garantía, en esta ocasión, a través de una fiducia en garantía ante una entidad financiera, solamente con la aprobación del Municipio de Pasto y una vez cumplida las reposiciones del pavimento, sobre las obras que se ejecutarán.
- e) Se estableció las instrucciones para el giro de los recursos depositados a favor del Municipio de Pasto, como acreedor vinculado y/o beneficiario del depósito, con claridad y precisión, *"En el evento en que el FIDEICOMITENTE incumpla su obligación de reponer el pavimento en las condiciones técnicas aprobadas en la licencia de intervención y ocupación de espacio público, los RECURSOS serán desembolsados por la FIDUCIARIA a favor del ACREEDOR VINCULADO conforme a lo dispuesto en los numerales 8.2.2., previa comunicación firmada por el Secretario de Hacienda, soportada con copia del acto administrativo en el que conste la declaración de incumplimiento y que dicho acto se encuentra ejecutoriado. En la comunicación del Municipio de Pasto, se deberá indicar en forma expresa el valor a desembolsar, y el acto administrativo que da lugar a la solicitud de desembolso a la FIDUCIARIA, así como la discriminación de la forma como se liquidó el valor a pagar por el*

¹⁶ "RECURSOS: Es la suma de TRES MIL OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$3.008.905.831.00), suma que será entregada por el FIDEICOMITENTE a la FIDUCIARIA, y que corresponden al 30% del valor de la obra de reposición de pavimento, tal como consta en el acta de liquidación del impuesto por rotura de calzada, de fecha 15 de Agosto de 2012, expedida por el Municipio de Pasto, y en la liquidación adelantada por la Subsecretaría de Aplicación de Normas Urbanísticas de Planeación Municipal del día 15 de Agosto de 2012 y comunicada mediante oficio S.P.M. 482 de 16 de Agosto de 2012, cuya destinación será la referida en el presente contrato".



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

FIDEICOMITENTE. En el evento de que se presente controversias sobre el recibo de las obras se tendrá en cuenta lo establecido en el numeral séptimo de las Instrucciones Particulares de cada Relación Contractual firmadas por el Municipio de Pasto en cabeza del Secretario de Planeación y el FIDEICOMITENTE, esto es, el DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PARTICULARES¹⁷. Y como se cumple con el depósito exigido ante autoridad autorizada, no es del caso que los rendimientos del dinero depositado se retengan a favor del patrimonio autónomo, o del beneficiario de éste, porque ello sería ir más allá del depósito exigido.

- f) Quedó expresamente previsto que el fideicomitente no podrá modificar por su cuenta el destino de los recursos fideicomitados, y que sólo tendrá derecho a la restitución en las condiciones indicadas en el contrato, de corresponder, es decir, sin cumple con los compromisos adquiridos con el otorgamiento de la licencia de intervención y/u ocupación del espacio público de que fue beneficiario.

- g) Se estipuló, se reitera, el depósito de los recursos en la entidad autorizada, y que su destinación, dada la condición de incumplimiento sobre la reposición acordada de pavimento es a favor del Municipio de Pasto, y que constituye obligación del fideicomitente suministrar los fondos que se requieren para atender el servicio de las obligaciones a su cargo. Con tales recursos, se constituyó un patrimonio autónomo, y el fideicomitente adquiere la obligación, de ser el caso, de cubrir las insuficiencias de fondos del patrimonio, aportando los recursos que en forma adicional se requieran, dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud que se le realice. Y el fideicomitente es el responsable de los impuestos que se generen, respecto de los desembolsos que sean atendidos con los recursos del fideicomiso, y debe atender con cargo a sus propios recursos, la cancelación de la comisión a la fiduciaria y los gastos que se deriven del fideicomiso¹⁷.

- h) Se estableció el plazo de duración del contrato de fiducia en garantía en dos (2) años contados a partir de su suscripción, o antes, de ocurrir con

¹⁷ "9.1. **COSTOS Y GASTOS.** Todos los costos, gastos y pagos, necesarios para el cumplimiento del objeto del presente contrato y los que se generen por su constitución, ejecución, desarrollo y disolución o liquidación, sean ellos de origen contractual o legal, al igual que la remuneración de la **FIDUCIARIA** serán a cargo del **FIDEICOMITENTE** quien los pagará directamente dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes. En el evento de que dentro del término de los cinco (5) días antes señalados, el **FIDEICOMITENTE** no haya cancelado el valor de los costos, gastos y pagos que generen la constitución y administración de la fiducia, éste último autoriza a la **FIDUCIARIA** para que los mismos sean descontados directamente de los recursos del **PATRIMONIO AUTÓNOMO** con cargo a los rendimientos de los **RECURSOS** o de los excedentes de éstos que se conserven cuando la Secretaría de Hacienda haya liberado parcial o totalmente la garantía. [...]"



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

anterioridad al traslado y/o depósito de los recursos en la fiduciaria. Pero, si vencido el término del contrato no se ha cumplido el objeto garantizado, se podrá ampliar previo acuerdo escrito entre las partes, y siempre y cuando la licencia de ocupación de intervención y ocupación de espacio público haya sido prorrogada, y por su mismo término. Y se determinó los causales para la terminación del contrato.

Deviene de lo anterior que no le asiste razón al recurrente por cuanto la *fiducia en garantía* constituida cumple con los elementos del depósito ante entidad financiera, y va más allá, al contar con una entidad autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, como un agente profesional en la administración de los mismos, sin riesgos para el constituyente/depositario, ni para el beneficiario en los términos arriba indicados.

A lo precedentemente señalado, es pertinente añadir que la legislación colombiana ha reconocido el contrato de *fiducia* como un mecanismo adecuado y seguro para garantizar la preservación y destinación de recursos públicos. Sobre el particular, es de reseñar el artículo 91 del Estatuto Anticorrupción, previsto en la ley 1474 de 2011¹⁸, que resulta ilustrador en esta materia y de aplicación por integración normativa.

3. De los rendimientos de la fiducia en garantía y de la información -

El recurrente sostiene que al haberse pactado que los rendimientos financieros de los dineros transferidos al patrimonio autónomo, serán entregados al *fideicomitente*, da al traste con la figura de la *fiducia en garantía*, pero no sustentó su afirmación, y crítica que a través de tal negocio, pueda la fiduciaria injerir en la información financiera que es del Municipio de Pasto.

No se comparte tal argumento del recurso, por cuanto, como se explicó *ex ante*, el fin de la *fiducia en garantía* es el traslado de unos bienes, en este caso, dinero, a la fiduciaria - entidad profesional en la materia, autorizada para el efecto, y vigilada por parte de la Superintendencia Financiera -, para el cumplimiento de un propósito a favor de quien se determinó como su beneficiario. Y en el *sub examine*, es responder con *liquidez* de forma directa, ante el incumplimiento del constituyente en la reposición de un pavimento a su beneficiario, por lo cual, no desdibuja el propósito, el que los rendimientos de dichos recursos, que van más allá del treinta (30%) del depósito y/o transferencia exigida se

¹⁸ ARTÍCULO 91. En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

retomen, descontados los costos financieros del negocio, al fideicomitente. Y no se comparte la apreciación de que la fiduciaria, en virtud de este negocio tenga derecho a invadir la esfera de información financiera del Municipio de Pasto, ya que el negocio lo constituyen el *fideicomitente* y la *fiduciaria*, y no este último que solo es su beneficiario, por lo cual, aquellas "intrusiones", no son respecto de la información del Municipio de Pasto, sino del fideicomitente y en relación con el negocio que aseguró en relación con esta entidad territorial, quedando facultada, tanto la *fiduciaria* como el *beneficiario*, ellos sí, en indagar en la información del *fideicomitente*.

Se descarta, en consecuencia, también, este argumento presentado por el recurrente.

4. Del presunto exceso en las facultades del Secretario de Hacienda -

El recurrente sostiene que el Secretario de Hacienda excedió sus facultades al "patrocinar" un acuerdo realizado por el Secretario de Planeación Municipal, y que dio por cierto, sin estarlo, que el Municipio de Pasto aceptó la *fiducia en garantía*.

Sobre el particular se debe anotar que al Secretario de Hacienda del Municipio de Pasto, le fue delegada la facultad para "aprobar el cumplimiento del requisito previsto en el parágrafo II del Artículo 125 del Estatuto Tributario del Municipio de Pasto, para lo cual hasta el monto que allí se dispone, tendrá facultades como ordenador del gasto", y por ende, con competencia para determinar el debido cumplimiento del requisito aludido, como se hizo en el acto administrativo que se recurrió, y cuyos razones de disconformidad aquí se resuelven, y al quedar dotado con facultades de ordenación del gasto, era claramente procedente que aprobara la condición de acreedor vinculado del Municipio de Pasto en el acto de constitución de la *fiducia en garantía*, con la expedición del correspondiente acto administrativo. No se hizo con ello "un patrocinio" de actividades del Señor Secretario de Planeación Municipal, pues la competencia de este último se fundamentó en normas diferentes, como se lee en el documento de instrucciones, y aquellas no comprometieron la ordenación del gasto del Municipio de Pasto ni la aprobación del cumplimiento del requisito previsto en el artículo 125 del Estatuto Tributario Municipal que, se reitera, correspondió al suscrito Secretario de Hacienda de la entidad territorial, según la delegación que efectuó el señor Alcalde. Así las cosas, en este aspecto debe decirse que tampoco le asiste la razón al recurrente.



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

5. Del procedimiento de notificación, sus efectos, y del recurso de apelación frente a actos del delegado

En la Resolución No. 0327 de 4 de abril de 2013, en su numeral cuarto de la parte que resolvió, se dispuso de manera nitida que contra dicho acto administrativo procedía “[...] el recurso de reposición [...]”. Sin embargo, al momento de su notificación al tercero interesado, por un *error involuntario* se utilizó un sello en el que se lee que contra el acto administrativo procedía el recurso de reposición ante la Subsecretaría Tributaria y el de Apelación ante el Secretario de Hacienda, de donde el recurrente se basa para solicitar la nulidad de lo actuado.

Al respecto ha de recordarse que la notificación de los actos administrativos no tiene relación con su validez, y por ende, defectos en ella, no son causales de nulidad de éstos, sino que tocan con su oponibilidad. En efecto, disponía el artículo 48 del D. 01 de 1984 – Código Contencioso en lo Administrativo – que “[...] Sin el lleno de los anteriores requisitos [se refieren a la forma en que se realiza la notificación] no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella, o utilice en tiempo los recursos legales [...]”, y en la ley 1437 de 2011 – que contiene el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 72, se redactó: “[...] Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta en la decisión o interponga los recursos legales”. En consecuencia, como en el sub examine el tercero interesado ejerció recursos contra el acto administrativo, se tiene que conoció de su contenido, y por ende, al revelarse contra el acto, se entiende subsanado cualquier eventual defecto, de haberlo en gracia de discusión, en la notificación.

Ahora bien, como además del recurso de reposición, también se interpuso el subsidario de apelación, habrá de definirse si éste medio de control es procedente, en tratándose de los actos del delegado. Sobre el particular, dispone la ley 489 de 1998¹⁹.

*“ARTICULO 12. REGIMEN DE LOS ACTOS DEL DELEGATARIO. Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante **y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.**”*

“[...]” (Las negritas y las subrayas por fuera de texto).

¹⁹ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.



ALCALDÍA DE PASTO
SECRETARÍA DE HACIENDA

Y si, de conformidad con el artículo 50 del D. 01 de 1984 – Código Contencioso en lo Administrativo, al tratar los recursos en la vía gubernativa, se indicó, que "(...) No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes, y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica", se calige que, al no tener, tampoco el Alcalde un funcionario superior, como los servidores antes mencionados, contra sus decisiones no procede el recurso de apelación, sino solo el de reposición, y como en el caso *sub examine* la facultad de aprobación de la garantía fue delegada en el Secretario de Hacienda, contra su decisión solo procede, se itera, el recurso de reposición. La situación no varía tampoco, en vigencia de la ley 1437 de 2011 – que contiene el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues en su artículo 74 se dispone que "(...) No habrá apelación de las decisiones de los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos. **Tampoco será apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y los jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial**" (Las negritas y subrayas fuera de texto). Así las cosas, no queda duda alguna de la improcedencia del recurso de apelación, como subsidiario del de reposición aquí presentado.

Con base en lo anterior,

RESUELVE

- PRIMERO.- CONFIRMAR** la Resolución No. 0237 de 4 de abril de 2013, por medio de la cual se cumplió con la delegación efectuada en la Resolución No. 080 de 2013, y aprobó una fiducia en garantía, constituida por ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo II del artículo 125 del Estatuto Tributario del Municipio de Pasto, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.
- SEGUNDO.- NEGAR** por improcedente el recurso de apelación presentado subsidiariamente, por las razones expuestas en la parte considerativa de este acto administrativo.
- TERCERO.-** Ordenar la notificación del presente acto administrativo al Representante Legal de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., y a los terceros interesados, y la publicación del mismo en un lugar visible de la Secretaría de Hacienda Municipal y en la página WEB de la Alcaldía Municipal de Pasto.



ALCALDÍA DE PASTO

SECRETARÍA DE HACIENDA

CUARTO.- Contra el presente acto administrativo solo es procedente el recurso de queja, en cuanto negó el subsidiario de apelación presentado, y de no interponerse queda agotada la vía gubernativa.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

RODRIGO YEPES SEVILLA

Secretario de Hacienda Municipio de Pasto