



SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 18-06-2009 09:31:11

Al Contestar Cite Este Nr.:2009IE19251 O 1 Fol:5 Anex:0

ORIGEN: Origen: Sd:104 - DIRECCION JURIDICA/TORRES DE CRISTANCHO

DESTINO: Destino: DIRECCION DISTRITAL DE CONTABILIDAD/HERNANDEZ DE BOGOTÁ D.C.

ASUNTO: Asunto: CONCEPTO INCORPORACION DE BIENES DE BENEFICIO

OBS: Obs.: ALFONSO SUAREZ

Secretaría
HACIENDA

MEMORANDO

PARA: JORGE CASTAÑEDA MONROY
Director Distrital de Contabilidad

DE: VIRGINIA TORRES DE CRISTANCHO
Directora Jurídica

ASUNTO: Concepto incorporación de bienes de beneficio y uso público en los estados contables de TRANSMILENIO S.A.

FECHA:

En atención a su Memorando IE10366, donde solicita opinión jurídica de este Despacho respecto de los conceptos emitidos por la Contaduría General de la Nación que tratan sobre el manejo contable que debe dársele a los recursos que recibe TRANSMILENIO S.A con destino al financiamiento de las obras de las Fases I y II y parte de la fase III del Sistema de Transporte Masivo, me permito manifestarle:

ANTECEDENTES

TRANSMILENIO S.A, recibe tanto de la Nación, como del Distrito Capital recursos con destino al financiamiento de las obras de las Fases I, II y III del Sistema de Transporte Masivo.

A efectos de titularizar dichos recursos se procedió a consultar a la Contaduría General de la Nación, la cual en un principio conceptuó que los derechos por concepto de tales transferencias eran del IDU y que por lo tanto era la entidad encargada de incorporarlos a sus activos las obras de infraestructura construidas con tales recursos.

Posteriormente la Contaduría General de la Nación, varió su concepto manifestando que quien debe incorporar a sus activos la infraestructura construida con recursos de las transferencias era la empresa Transmilenio S.A.

Dado lo anterior, y teniendo en cuenta que los conceptos de la Contaduría General de la Nación son vinculantes ha surgido interrogantes sobre el asunto planteado, en



BOG BOGOTÁ
POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Secretaría
HACIENDA

Doctor Jorge Castañeda Monroy

2

consideración a que existen inversiones de estos recursos sobre bienes de uso público los cuales según el concepto, deben ser incorporados a los activos de Transmilenio, con lo cual se podría estar afectando el uso público de los bienes, además de incrementar el patrimonio de la empresa de una forma irreal lo que conllevaría a su vez al pago de un alto impuesto al patrimonio.

Por lo cual se consulta:

- 1.- *¿Cuál es la opinión jurídica sobre lo indicado por la CGN en el concepto 200811-121033 de noviembre de 2008?*
- 2.- *¿Cuál es la opinión jurídica de ese Despacho en relación con lo expresado por la Directora Jurídica de Transmilenio S.A.?*
- 3.- *¿Los bienes de beneficio y uso público que hacen parte de los activos de una empresa industrial y comercial, que de esa forma son parte del patrimonio neto de la misma, deben tenerse en cuenta para el cálculo del impuesto al patrimonio previsto en la Ley 1111, artículo 25?*
- 4.- *¿Los bienes de beneficio y uso público que conforman la red vial principal de la ciudad construidos con recursos de cofinanciación entregados por la Nación y el Distrito Capital a Transmilenio S.A. forman parte del patrimonio de esa empresa o deberían incorporarse a cargo de quien en adelante asume los riesgos, la administración, mantenimiento, reconstrucción y conservación, como es el caso del IDU?*

CONSIDERACIONES JURIDICAS

Previo a resolver las inquietudes planteadas, se procederá a realizar un análisis respecto del concepto de bienes de uso público y su diferencia con los bienes fiscales, así como los principios constitucionales que desarrollan el tema:

La Constitución Política de Colombia consagra:

“ARTICULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”
(Negrillas fuera de texto)



BOG BOGOTÁ
POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Secretaría
HACIENDA

Doctor Jorge Castañeda Monroy

3

Así mismo, consagra:

“ARTICULO 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.” (Negrillas fuera de texto)

Al respecto es conveniente aclarar que según sentencia de junio 19 de 1968 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, los bienes de uso público pueden pertenecer a entidades territoriales distintas de la Nación, es decir que existen bienes de uso público nacionales, departamentales y municipales.

Por su parte el Código Civil Colombiano establece:

“Artículo 674.- Se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales.” (Negrillas fuera de texto)

Entonces, los bienes de uso público son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional y su utilización está abierta al público.

Debe darse dos elementos para que pueda predicarse que un bien sea de uso público: a) que pertenezca a la Nación, y b) que sea destinado al uso común de los habitantes, así, las calles, puentes y caminos son bienes de uso público.

Consecuente con lo anterior, el tratadista de Derecho Libardo Rodríguez¹ define a los bienes fiscales así:

“Los bienes fiscales se definen por exclusión de los bienes de uso público. Es decir, que si, como ya quedó dicho, los bienes de uso público son aquellos cuyo uso pertenecen en general a los habitantes de un territorio, los bienes fiscales son los de las personas públicas y cuyo uso no es general para los habitantes. De manera que, en definitiva, son bienes fiscales

¹ Libro de Derecho Administrativo General y Colombiano Decimo cuarta edición Pagina228





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Secretaría
HACIENDA

Doctor Jorge Castañeda Monroy

4

aquellos bienes de las personas públicas, que no tienen el carácter de bienes de uso público. Estos bienes componen, por tanto, el llamado dominio privado del Estado, (...)” (Negrillas fuera de texto)

Entonces, los bienes fiscales son aquellos que tiene el Estado, por intermedio de sus entes con semejante tratamiento al de la propiedad privada o particular y su uso no pertenece generalmente a todos los habitantes.

El tratadista de derecho Jorge Enrique Ayala Caldas, cuando se refiere a los bienes fiscales señala:

*“Estos bienes patrimoniales y fiscales del Estado, en cuanto a su administración, custodia, guarda destino, se rigen por las normas del derecho público, es decir, por las normas del derecho administrativo; pero sobre ellos **el Estado tiene una propiedad igual a la de los particulares**, por cuanto poseen todas las características de un derecho real, y, además, al Estado o a la entidad pública respectiva que aparece como propietaria de él, le corresponde el *ius utendi*, que es el derecho a usar la cosa, el *ius fruedi*, la facultad de percibir los frutos, y el *ius abutendi* o derecho de disposición.” (Negrillas fuera de texto)*

Así mismo, el artículo 82 de la Constitución Política de Colombia respecto del espacio público dispone:

“ARTICULO 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.” (Negrillas fuera de texto)

Frente a la obligación de velar por la protección del espacio público se ejerce mediante la Ley 9 de 1989, modificada por las Leyes 388 de 1997 y 810 de 2003.

“ARTÍCULO 5. Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.



BOG BOGOTÁ
POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Secretaría
HACIENDA

Doctor Jorge Castañeda Monroy

5

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.

Adicionado un párrafo por el artículo 117 de la Ley de Desarrollo Territorial.”(Negrillas fuera de texto)

“ARTÍCULO 6. El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo intendencial, por iniciativa del Alcalde o Intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.

El retiro del servicio de las vías públicas continuará rigiéndose por las disposiciones vigentes.

Los parques y zonas verdes que tengan el carácter de bienes de uso público, así como las vías públicas, no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito.”(Negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, de conformidad con el artículo 313 de la Constitución Política, corresponde a los concejos municipales la reglamentación de los usos del suelo, es decir tienen la capacidad para desafectar un bien de uso público para convertirlo en bien fiscal.

Frente al tema, el Consejo de Estado en Sentencia de 6 de abril del año 2000², precisó lo siguiente en relación con la diferencia entre bienes de uso público y bienes fiscales:

² Expediente núm. 5805, Actor: Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero.



BOG BOGOTÁ
POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Secretaría
HACIENDA

Doctor Jorge Castañeda Monroy

6

"(...) La propiedad estatal está compuesta por BIENES DE USO PÚBLICO y BIENES FISCALES.

La distinción entre unos y otros ha sido definida por la doctrina.

"Bienes de Uso Público: Son aquellos que están destinados al uso general de los habitantes de un territorio, pertenecen al Estado como potestad económica y jurídica, pero él no los utiliza en su provecho, sino que están a disposición de los gobernados.

Bienes Fiscales: por oposición, son aquellos que pertenecen al Estado pero que no están al servicio libre de la comunidad, sino destinados al uso privativo de la administración, para sus fines propios, que en ocasiones pueden aparecer incompatibles con la utilización innominada. De estos bienes se dice que están puestos al servicio del Estado para su uso directo o para la producción de ventajas económicas suyas, en la misma forma que lo están los bienes de apropiación particular en beneficio de su dueño. De aquí resulta la identidad de regímenes jurídicos que se predica de los bienes fiscales y la propiedad privada de los particulares"

Los artículos 674 y 678 del Código Civil, y 63 y 82 de la Carta Política, prescriben, en su orden, que los Bienes de Uso Público son aquellos cuyo uso lo tienen todos los habitantes del territorio, que el uso y goce de dichos bienes estará sujeto a las disposiciones de ese código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes, que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público.

Los bienes del Estado, según la clásica distinción de nuestro Código Civil se escinden entre los de uso público y los fiscales o patrimoniales. Ambos pertenecen a la Hacienda Pública y son de similar naturaleza, hallándose su diferencia en su destinación o manera de utilizarlos y en su régimen legal, como que en los primeros el uso pertenece a los habitantes del país y están a su servicio permanente (calles, plazas, puentes, caminos, ejidos, etcétera), mientras que los segundos (terrenos, edificios, granjas...) sirven al Estado como instrumentos materiales para la prestación de los servicios públicos, aunque pueden tomarse también como una especie de reserva patrimonial disponible para fines de utilidad común. Respecto de estos últimos, el Estado los posee y administra a la manera como lo hacen los particulares sobre los bienes de su propiedad, pero el régimen que los rige es de derecho público".

(...) La Sala encuentra, tal como ya lo anotó, que el régimen de los bienes del Estado, denominados de USO PÚBLICO implica que son inalienables, imprescriptibles e



BOG BOGOTÁ
POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Secretaría
HACIENDA

Doctor Jorge Castañeda Monroy

7

inembargables (Constitución Política, artículo.63) y se caracterizan porque su uso pertenece a todos los habitantes, como las calles, plazas, puentes y caminos (C.C., artículo.674). Y el régimen de destino sólo puede ser variado por los Concejos, Juntas Metropolitanas o por el Consejo Intendencial, siempre y cuando sean canjeados por otros de características semejantes (artículo 60. ley 9 de 1989). Por su parte el régimen de los denominados BIENES FISCALES, que también pertenecen al Estado y que este maneja del mismo modo que los particulares, por ejemplo, edificios, etc.) no ostentan las características inherentes a los clasificados como PUBLICOS, pero ello de por sí no posibilita la declaratoria de Utilidad o Interés Público como paso previo a la negociación directa o la expropiación pues, como se verá, existen otras regulaciones de orden Constitucional y legal que atender con respecto a este punto.(...) (Negrillas fuera de texto)

Una vez aclarado los conceptos de bienes de uso público como el de bienes fiscales, procedemos a dar respuesta:

Al punto uno: *¿Cual es la opinión jurídica sobre lo indicado por la CGN en el concepto 200811-121033 de noviembre de 2008?*

Dado el carácter vinculante de que gozan las decisiones que en materia contable adopte la Contaduría General de la Nación expresada en la sentencia C-487 de 1997, este despacho debe concluir que lo allí expresado resulta de obligatorio cumplimiento para la empresa Transmilenio S.A..

Sin embargo, se debe mencionar que por el hecho que el Acuerdo 6 de 1998 haya relacionado a la vías y troncales como parte del Sistema Transmilenio, y que por ello son objeto de inversión, dejen por ello tener naturaleza de bien de uso público y pasen a ser de naturaleza de bien fiscal y por lo tanto parte los activos de Transmilenio S.A., sin que se cumplan los requisitos necesarios para ello, como sería que dichos bienes sean desafectados de su uso público por el Concejo de la Ciudad y sean canjeados por otros de características semejantes.

Al punto dos: *¿Cuál es la opinión jurídica de ese Despacho en relación con lo expresado por la Directora Jurídica de Transmilenio S.A.?*

Este despacho mediante memorando IE 13760 solicitó copia del concepto de la Directora jurídica para establecer el sustento del mismo, pero solamente fue remitido un comentario sobre el tema sin ningún sustento, sin embargo este despacho es del criterio y de conformidad con el análisis anteriormente efectuado, que por el hecho de realizar



BOG BOGOTÁ
POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Secretaría
HACIENDA

Doctor Jorge Castañeda Monroy

8

inversiones sobre bienes de uso público como es el caso de la adecuación y construcción de vías, calles, andenes, puentes etc., con recursos del sistema, dejen de tener calidad de bienes de uso público, sino que para ello hace falta su desafectación como bien de uso público a bien fiscal, por la autoridad competente, en este caso el Concejo de Bogotá, siempre y cuando sean canjeados por otros de características semejantes. Dado que aquí no se cumple con lo señalado y el bien sigue siendo de uso público el mismo no podría hacer parte de los activos de ninguna persona jurídica, dadas las características de que gozan los mismos.

Al punto tres: *¿Los bienes de beneficio y uso público que hacen parte de los activos de una empresa industrial y comercial, que de esa forma son parte del patrimonio neto de la misma, deben tenerse en cuenta para el cálculo del impuesto al patrimonio previsto en la Ley 1111, artículo 25?*

Es del caso señalar que el impuesto al patrimonio es de carácter nacional, por lo tanto la autoridad competente para dilucidar el tema planteado es la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales.

Al punto cuarto: *¿Los bienes de beneficio y uso público que conforman la red vial principal de la ciudad construidos con recursos de cofinanciación entregados por la Nación y el Distrito Capital a Transmilenio S.A. forman parte del patrimonio de esa empresa o deberían incorporarse a cargo de quien en adelante asume los riesgos, la administración, mantenimiento, reconstrucción y conservación, como es el caso del IDU?*

Atendiendo el anterior desarrollo normativo y jurisprudencial anteriormente citado, se debe mencionar que a juicio de esta Dirección, la inversión que hace Transmilenio S.A. de los recursos que recibe tanto de la Nación como el Distrito Capital puede darse tanto en bienes de uso público como en bienes fiscales, por ello las inversiones sobre calles puentes, alamedas es una inversión sobre un bien de uso público, toda vez que los mismos han sido destinados para tal fin, y la inversión que sobre ellos se realice no cambia su destino, mientras que la compra, adecuación de los patios de garaje, construcción casetas para acceder al servicio a juicio de esta Dirección, son inversiones que se traducen en la adquisición de bienes fiscales de propiedad del sistema, como quiera que ellos son propiedad y de uso exclusivo del sistema Transmilenio S.A.

A criterio de esta Dirección, creemos que la inversiones hechas sobre bienes de uso público deben excluirse de los activos de Transmilenio S.A, dadas sus características de bienes



BOG BOGOTÁ
POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Secretaría
HACIENDA

2076

Doctor Jorge Castañeda Monroy

9

inalienables, imprescriptibles e inembargables, no podrían pasar hacer parte del inventario de Transmilenio S.A. por el solo hecho de haber sido objeto de una inversión, sino que para ello como se mencionaba en el punto dos hace falta su desafectación como bien de uso público a bien fiscal, por el Concejo de Bogotá y sean canjeados por otros de características semejantes, que por naturaleza es una persona de derecho público, por lo tanto, deben ser entregados al Distrito Capital por intermedio del IDU o al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público.

Sobra advertir que a todas luces sería improcedente intentar desafectar del uso público, las vías, alamedas y demás bienes del sistema, proyecto que además de inviable contradice los preceptos constitucionales y legales sobre la destinación y características de los bienes de uso público.

CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de lo conceptuado por la Contaduría General de la Nación, a juicio de este Despacho se debe establecer en cada caso concreto las inversiones hechas por Transmilenio en desarrollo de las inversiones para la construcción del sistema, y cuál de ellas obedece a una inversión sobre un bien de uso público y cuáles se constituyen en propiedad privada del sistema, para establecer así qué bienes pueden hacer parte de los activos de la empresa y que bienes o inversiones deben ser entregados al Distrito Capital.

Si bien los conceptos de la Contaduría General de la Nación, son obligatorios, resulta cuestionable su aplicación, cuando son notoriamente contrarios a norma superior, en este caso, la Constitución y la Ley, razón por la cual se sugiere solicitar su reconsideración con la fundamentación pertinente.

Cordialmente,

ORIGINAL FIRMADO POR
Virginia Torres de Crisancha

Rad. IE10366 – IE14172
Proyecto: Alfonso Suárez Ruiz
Revisó: Fabiola Ocampo Santa



BOG BOGOTÁ
POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD