



Concepto Sala de Consulta C.E. 1074 de 1998 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS10741998

POBLACION DESPLAZADA POR LA VIOLENCIA - Administración de Recursos / MODALIDAD CONTRACTUAL - Fiducia Pública / MINISTERIO DEL INTERIOR - Facultades / FONDO NACIONAL PARA LA ATENCION DE LOS DESPLAZADOS POR LA VIOLENCIA - Manejo de Recursos

El Ministerio del Interior no puede adoptar para el manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, la modalidad contractual de la fiducia mercantil, sino la de fiducia pública o el encargo fiduciario, siguiendo el procedimiento de la licitación pública. AUTORIZADA LA PUBLICACION EL 11 DE MARZO DE 1998

FIDUCIA PUBLICA - Régimen / ETAPA PRECONTRACTUAL - Procedimiento Licitatorio / REGIMEN DE CONTRATACIÓN - Modalidades

La norma contenida en el inciso 8 del numeral 5 del art 32 de la ley 80 de 1993, según la cual, " A la fiducia Pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley", significa que a la fiducia pública se le aplican las normas de la fiducia mercantil contempladas en el mencionado código, con las siguientes cuatro salvedades: a) en la fiducia pública no hay transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicometidos ; b) no se constituye un patrimonio autónomo ; c) la adjudicación de los contratos derivados de ella corresponde a la entidad estatal fideicomitente, d) la comisión de la sociedad fiduciaria no se puede cancelar con los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos estén presupuestados lo anterior no se aplica respecto de los casos en que dicha ley autoriza patrimonios autónomos, como tampoco para el caso de la fiducia mercantil previsto en ley posterior. En relación con la etapa precontractual, las entidades estatales para celebrar tanto el encargo fiduciario como la fiducia pública, requieren surtir el procedimiento de licitación o concurso públicos, salvo lo que se disponga en normas especiales. En cuanto a la parte contractual, el clausulado del encargo fiduciario y de la fiducia pública debe observar las cuatro salvedades expuestas anteriormente. Respecto de la etapa precontractual, los negocios fiduciarios celebrados por entidades estatales, deben ser objeto de la liquidación del contrato prevista en el art 60 de la ley 80 de 1993 o disposiciones legales especiales. Un mecanismo que podría servir para la contratación ágil y oportuna en beneficio de los desplazados, sería el de la declaratoria de urgencia manifiesta, siempre y cuando se den los postulados del art 42 de la ley 80 de 1993. También se podría considerar la posibilidad de contratos de concesión para la prestación y operación de servicios públicos o la construcción de obras públicas en beneficio de la población desplazada por la violencia

FIDUCIA PUBLICA - Características / ADJUDICACION DE CONTRATOS - Sujeto Contratante

[Ver Decreto Nacional 1421 de 1993](#)

La Fiducia Pública, constituye una nueva figura jurídica, creada por la ley 80 de 1993, y que si bien porta el nombre de fiducia es diferente en varios elementos esenciales de la tradicional Fiducia mercantil. En efecto, por regla general la llamada fiducia pública no implica transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituye tampoco un patrimonio autónomo, distinto del propio de la entidad estatal. De manera excepcional, la misma ley 80 prevé en el artículo 41 parágrafo 2 inciso 2 la constitución de patrimonios autónomos, con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales . Además hay dos particularidades que contiene la ley 80, que son aplicables tanto al encargo fiduciario como a la llamada fiducia pública, y consisten en que la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, tienen como sujeto contratante a las entidades estatales fideicomitentes, de manera que no se pueden delegar a las sociedades fiduciarias y que la remuneración o comisión de la fiduciaria no se puede pactar con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

ENCARGO FIDUCIARIO - Características

Los Encargos Fiduciarios, figura en la cual no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicometidos. La ley 80 de 1993 la autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren, lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente : César Hoyos Salazar

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).-

Radicación número 1074.

Referencia : FONDO NACIONAL PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL A LA POBLACIÓN DESPLAZADA POR LA VIOLENCIA. Jurídicamente no es viable el manejo y administración de los recursos mediante fiducia mercantil.

El señor Ministro del Interior, formula a la Sala la siguiente consulta :

"¿ Es viable jurídicamente, que la Nación - Ministerio del Interior, adopte para efectos del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, creado mediante la Ley 387 de 1997, la modalidad contractual de la fiducia mercantil ?

Cuál es el alcance jurídico de la disposición contenida en la parte final del inciso noveno, del numeral quinto del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 : " A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley", en lo que hace relación a los actos que se deben surtir a través de esta modalidad fiduciaria, tales como los de naturaleza precontractual, contractual y poscontractual ?

Qué otras modalidades contractuales serían de recibo, a efectos de avocar mecanismos ágiles y oportunos para garantizar el manejo adecuado de los recursos del Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia ?

1. CONSIDERACIONES

El Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia. En vista del problema surgido en el país, consistente en el desplazamiento masivo de personas que huyen de sus poblaciones, a causa de la violencia producida tanto por grupos guerrilleros como por los llamados "paramilitares", el Congreso Nacional tramitó y aprobó la ley 387 de 1997 "Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia".

Mediante esa ley se creó el Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, el cual funcionará "como una cuenta especial sin personería jurídica administrada por el Ministerio del Interior, como un sistema separado de cuentas" (artículo 21).

Este Fondo sigue los lineamientos del inciso primero del artículo 2º del decreto ley 3130 de 1968 en el sentido de que "los fondos son un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en este señalados".

Carece de personería jurídica. Si la tuviera, tendría la naturaleza jurídica de un establecimiento público y estaría adscrito a un ministerio o departamento administrativo, conforme lo señala el inciso segundo de la norma antes anotada.

Se estableció como una cuenta especial, para darle mayor agilidad y evitar toda una infraestructura presupuestal y administrativa que le restara eficacia a su manejo.

El objeto del Fondo, según el artículo 22 de la ley, consiste en financiar y cofinanciar los programas de prevención del desplazamiento, de atención humanitaria de emergencia, de retorno, de estabilización y consolidación socioeconómica y la instalación y operación de la llamada Red Nacional de Información para la Atención a la Población Desplazada, establecida por el artículo 11 de la misma ley.

En cuanto al importante punto de los recursos del Fondo, éstos son fundamentalmente las partidas asignadas en el Presupuesto General de la Nación, las donaciones, los empréstitos de la Nación, los aportes de organismos internacionales o de países extranjeros y los demás bienes y recursos que adquiera (art. 23).

Ministerio del Interior, el cual tendrá la función de ser el ordenador del gasto en la medida en que le delegue el Ministro del Interior (art. 24) y deberá actuar en armonía con la Consejería Presidencial para los Desplazados, que tiene como función la coordinación de la ejecución de los recursos de este Fondo (parág. art. 21).

Es deseable que el Gobierno nacional reglamente la organización y el funcionamiento del Fondo, para lo cual el artículo 25 de la ley le fijó un plazo de tres meses, dada la prioridad de dar soluciones a la situación de los desplazados, y aun cuando este plazo se encuentra vencido, conviene precisar que el Gobierno dispone en todo momento de la facultad de reglamentarlo, puesto que la potestad reglamentaria de las leyes que otorga el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución al Presidente de la República es permanente, no temporal, y además no se agota con su ejercicio.

Sin embargo, también es oportuno observar que el Gobierno expidió el decreto 173 del 26 de enero de 1998, mediante el cual adoptó el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, y que establece diversas estrategias que deben ser financiadas, entre otros, por el mencionado Fondo.

La cuestión fundamental de la consulta consiste en determinar si el Ministerio del Interior puede, en desarrollo de la administración de este Fondo, celebrar contratos de fiducia mercantil para el manejo y utilización de los recursos del mismo.

1.2 Las modalidades del negocio fiduciario en la ley 80 de 1993. Durante la vigencia del anterior estatuto de contratación administrativa, el decreto ley 222 de 1983, se presentó un auge inusitado de celebración de contratos de fiducia mercantil por parte de entidades públicas, del orden nacional y también del orden territorial, que, conocedoras de las ventajas de esta modalidad contractual en cuanto al manejo ágil y adecuado de los recursos, prefirieron utilizarla como un contrato de derecho privado de la administración (art. 16), que les permitía, mediante la contratación derivada de la fiducia, ejecutar prontamente las obras y adquirir rápidamente los bienes y servicios requeridos, sin los trámites dispendiosos de los contratos de obras públicas y compraventa, y en algunos casos emplearla como un contrato interadministrativo con las sociedades fiduciarias del Estado, sin necesidad de hacer licitación.

Tal modalidad contractual se consideró por parte de algunos organismos de control y empresarios, que era una manera de soslayar la normatividad de la contratación administrativa y de utilizar recursos públicos por fuera del presupuesto, aun cuando en la realización de varios planes y proyectos se vio la eficacia de la fiducia.

De todas maneras, el Gobierno nacional estimó necesario reglamentar la contratación con la Sociedad Fiduciaria La Previsora Ltda. y en consecuencia, expidió el decreto 632 del 8 de abril de 1988.

Sin embargo, las críticas continuaron y fue así como el legislador en el nuevo estatuto de contratación estatal, la ley 80 de 1993, quiso expedir una regulación estricta de la fiducia.

Una interpretación armónica de las normas de la ley 80 sobre el tema, conduce a establecer dos modalidades de negocio fiduciario que pueden contratar las entidades estatales, a saber:

Los encargos fiduciarios, figura en la cual no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos. La ley 80 de 1993 la autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren (art. 32-5º inc. 3º), lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios (art. 24-1º letra l) y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria (art. 25-20).

La fiducia pública, la cual constituye una nueva figura jurídica, creada por la ley 80 de 1993, y que si bien porta el nombre de fiducia se diferencia en varios elementos esenciales de la tradicional fiducia mercantil.

En efecto, por regla general la llamada fiducia pública no implica transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituye tampoco un patrimonio autónomo, distinto del propio de la entidad estatal (art 32-5º inc. 8º). De manera excepcional, la misma ley 80 prevé en el artículo 41 parágrafo 2º inciso 2º la constitución de patrimonios autónomos, con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales.

Además, hay dos particularidades que contiene la ley 80, que son aplicables tanto al encargo fiduciario como a la llamada fiducia pública, y consisten en que la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, tienen como sujeto contratante a las entidades estatales fideicomitentes, de manera que no se pueden delegar a las sociedades fiduciarias y que la remuneración o comisión de la fiduciaria no se puede pactar con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados (art.

32-5º inc. 3º).

La misma norma precisa en el inciso sexto, que los contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública deben sujetarse a las normas de la ley 80, lo cual significa que si por la cuantía o por el hecho de no encontrarse uno de esos contratos en las previsiones de contratación directa del artículo 24, éste requiere de licitación pública, la sociedad fiduciaria, sea estatal o privada, debe realizar tal procedimiento, aunque, como se indicó, la adjudicación la debe efectuar la entidad estatal fideicomitente. A la excepción prevista en el artículo antes indicado se agregan la consignada en el artículo 41 parágrafo 2º inciso 9º de la misma ley para las operaciones de crédito público y las conexas con éstas, que se contratarán en forma directa, y las demás que en forma expresa establezca el estatuto de contratación o leyes posteriores.

Estas características hacen que el tipo de contrato que regula la ley mencionada, sea diferente del contrato de fiducia mercantil establecido en el Código de Comercio y por tanto, constituye un contrato nuevo que se aplica para las entidades estatales, sin que signifique que haya modificado la fiducia mercantil, pues ésta permanece igual, fiel a sus postulados tradicionales, ya que la ley 80 de 1993 no entró a modificar el Código de Comercio.

El punto que desconcierta es que se haya denominado fiducia a ese tipo de contrato, que se asimila más al encargo fiduciario por la no transferencia de propiedad, pero ello está dentro de la potestad del legislador de crear nuevas formas contractuales, así sea variando elementos esenciales de contratos conocidos o llamándolos con los nombres de éstos.

Este fue uno de los planteamientos de la Corte Constitucional cuando, en la sentencia C-086 del 1º de marzo de 1995, analizó el numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y determinó la inexecutable del inciso primero de ese numeral, que disponía : "Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública cuando así lo autorice la ley, la asamblea departamental o el concejo municipal, según el caso".

La sentencia antes citada, al retirar del ordenamiento jurídico todo el texto del inciso indicado, particularmente la parte de la frase que establecía : "Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública" suscitó la duda sobre si quedó o no excluida la fiducia mercantil de los contratos que pueden celebrar las entidades estatales, que es precisamente lo que ahora plantea la consulta. En la sentencia la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

"El Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5º del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada ley 80 de 1993" (Lo resaltado no es del original).

No obstante lo expresado por la Corte Constitucional, para la Sala la primera parte del texto del inciso 1º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, aunque declarado inexecutable, sí indica que el espíritu de la ley era limitar la contratación de las entidades estatales a sólo dos figuras fiduciarias : la fiducia pública y el encargo fiduciario. Esta apreciación la refuerza el inciso 8º de la misma norma, por cuanto al expresar : "La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley ¿", y un poco más adelante, en la parte final : "A la fiducia pública le será aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley", indica en forma nítida que el contrato de fiducia a que se refiere es a la pública y no a la mercantil. Por consiguiente no autorizó dicha ley la fiducia mercantil con aplicación de las normas de la ley 80, sino al revés, la fiducia pública con aplicación de las compatibles del Código de Comercio.

Tanto la historia de la ley 80 de 1993, como su posterior reglamentación, en lo que concierne a los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia (decreto 679 de 1994, art. 22), conducen a una conclusión similar a la expresada.

Sin embargo, para casos especiales la ley puede autorizar la celebración por entidades estatales de la fiducia mercantil. La propia ley 80 de 1993 en su artículo 41 parágrafo 2º inciso 2º consigna la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales. Así mismo, la ley 101 de 1993, artículo 30, prevé la posibilidad de un contrato especial de fiducia para administrar un fondo de contribuciones parafiscales agropecuarias y la ley 143 de 1994, artículo 13, en forma expresa establece que la Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del decreto 2119 de 1992 manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil.

párrafo anterior, habría que entender que a la fiducia pública se le deben aplicar las normas contenidas en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, con las siguientes cuatro salvedades:

La fiducia pública no implica transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitidos.

Tampoco constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad de la fiducia, en manos de la sociedad fiduciaria.

La adjudicación de los subcontratos debe ser realizada por la entidad estatal fideicomitente.

No se puede pactar que la comisión de la sociedad fiduciaria sea tomada de los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

En cuanto a la etapa precontractual o el procedimiento de contratación de cualquiera de los negocios fiduciarios, esto es, el encargo fiduciario y la fiducia pública, por parte de las entidades estatales, se debe efectuar la licitación pública o el concurso establecidos en el párrafo del artículo 30 de la ley 80, por cuanto el inciso 5º del numeral 5º del artículo 32 de la misma, ordena: "La selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley". Sin embargo, la Sala observa que la misma ley ha establecido excepciones, como ocurre con los patrimonios autónomos que constituyan para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales que se contratarán en forma directa por disposición del inciso 9º del párrafo 2º del artículo 41 de la ley 80 de 1993.

Como se aprecia, esta norma tiene alcance general puesto que señala abiertamente "la sociedad fiduciaria a contratar, sin distinguir modalidades del negocio fiduciario, con lo cual las engloba a todas y de paso, precisa "sea pública o privada", con lo cual adiciona el literal c) del numeral 1º del artículo 24 de la ley, en el sentido de que los contratos interadministrativos se pueden celebrar por contratación directa, salvo los de seguros y los de negocios fiduciarios.

En cuanto a la parte contractual, el encargo fiduciario se debe realizar sólo para manejar recursos relacionados con un contrato ya celebrado y debe cumplir los cuatro puntos arriba mencionados, la fiducia pública debe observar en su clausulado los mismos cuatro puntos y la fiducia mercantil en su texto debe seguir la normatividad del Código de Comercio.

En relación con la etapa poscontractual, los negocios fiduciarios celebrados por entidades estatales requieren surtir el trámite de liquidación de los contratos, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 60 de la ley 80 o por leyes especiales.

Finalmente, la cuestión de buscar mecanismos ágiles de contratación para solucionar el apremiante problema de los desplazados por la violencia, podría resolverse con la declaración de urgencia manifiesta, contemplada en el artículo 42 de la ley 80, siempre y cuando se den los elementos y se observe el procedimiento que trae la norma.

Existe de otro lado, el contrato de concesión que podría servir como fórmula efectiva para la operación y prestación de un servicio público en favor de los desplazados o para la construcción de una obra pública que beneficiara a éstos, lógicamente atendiendo los procedimientos de contratación (art. 32 numeral 4º de la ley 80).

2. LA SALA RESPONDE:

El Ministerio del Interior no puede adoptar para el manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, la modalidad contractual de la fiducia mercantil, sino la de fiducia pública o el encargo fiduciario, siguiendo el procedimiento de la licitación pública.

La norma contenida en el inciso 8º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, según la cual "A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley", significa que a la fiducia pública se le aplican las normas de la fiducia mercantil contempladas en el mencionado Código, con las siguientes cuatro salvedades: a) en la fiducia pública no hay transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitidos; b) no se constituye un patrimonio autónomo; c) la adjudicación de los contratos derivados de ella corresponde a la entidad estatal fideicomitente, y c) la comisión de la sociedad fiduciaria no se puede cancelar con los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos estén presupuestados. Lo anterior no se aplica respecto de los casos en que dicha ley autoriza patrimonios autónomos, como tampoco para el caso de la fiducia mercantil previsto en ley posterior.

En relación con la etapa precontractual, las entidades estatales para celebrar tanto el encargo fiduciario como la fiducia pública, requieren surtir el procedimiento de licitación o concurso públicos, salvo lo que se disponga en normas especiales.

En cuanto a la parte contractual, el clausulado del encargo fiduciario y de la fiducia pública debe observar las cuatro salvedades expuestas anteriormente.

Respecto de la etapa poscontractual, los negocios fiduciarios celebrados por entidades estatales, deben ser objeto de la liquidación del contrato prevista en el artículo 60 de la ley 80 de 1993 o disposiciones legales especiales.

Un mecanismo que podría servir para la contratación ágil y oportuna en beneficio de los desplazados, sería el de la declaratoria de urgencia manifiesta, siempre y cuando se den los postulados del artículo 42 de la ley 80 de 1993.

También se podría considerar la posibilidad de contratos de concesión para la prestación y operación de servicios públicos o la construcción de obras públicas en beneficio de la población desplazada por la violencia.

Transcríbese al señor Ministro del Interior. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO □□ JAVIER HENAO HIDRON

Presidente de la Sala

CESAR HOYOS SALAZAR □□□ LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

Fecha y hora de creación: 2024-08-14 18:32:55