

6.2. Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial

Doctor
ADY WILSON RIVERA DIAZ
Asesor
Secretaria de Hacienda
Alcaldía Municipal de Tauramena
E-mail: rentas@tauramena-casanare.gov.co



Radicado: 2-2019-030707

Bogotá D.C., 16 de agosto de 2019 17:47

Radicado entrada 1-2019-072237
No. Expediente 6923/2019/RPQRSD

Asunto: Consulta Radicada con el No. 1-2019-072237 del 05 de agosto de 2019.

Respetado Doctor Rivera:

En atención a la consulta del asunto, en la cual efectúa una serie de interrogantes relacionados con los fondos especiales en las entidades territoriales; al respecto, es necesario precisar que de acuerdo con el numeral 9 del artículo 43 y numeral 8 del artículo 45 del Decreto 4712 de 2008, entre algunas de las funciones que tiene asignadas esta Dirección, se encuentra la de emitir conceptos jurídicos sobre la aplicación de normas y temas relacionados con la administración financiera y tributaria territorial; así mismo, de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la respuesta ofrecida es general y no tiene carácter de obligatoria ni vinculante.

Esta Dirección no se pronunciará en cuanto a situaciones particulares y concretas relacionadas con la aplicación de actos administrativos, contratos, procesos contractuales o convenios interadministrativos, expedidos por las entidades territoriales o sus organismos descentralizados.

De acuerdo con el artículo 352 de la Constitución Política y los artículos 104 y 109 del Decreto 111 de 1996, las entidades territoriales deben expedir las normas que en materia presupuestal deben aplicar, tanto en el nivel central como en el descentralizado, respetando en todo caso los principios y las disposiciones contenidos en el ordenamiento constitucional, Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, Decreto 115 de 1996, Ley 617 de 2000, Ley 819 de 2003, Ley 1416 de 2010 y Ley 1483 de 2011. En ausencia de normas particulares, aplicarán en lo que fuere pertinente las normas orgánicas de presupuesto Nacional.

Por lo tanto, la asesoría que solicita debe buscarla en principio en el Estatuto Orgánico de Presupuesto del ente territorial respectivo; nuestra respuesta se soporta en el ordenamiento constitucional y nacional, el cual no debe diferir sustancialmente del ordenamiento propio de cada ente territorial.

En consecuencia, se remite copia del Oficio No. 043759 del 29 de noviembre de 2018, emitido por la Dirección General de Apoyo Fiscal

Finalmente, como complemento se transcriben a parte de la Sentencia C-438 de Julio 13 de 2017, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, así:

“Naturaleza, creación y régimen de contratación de los fondos especiales. Reiteración de jurisprudencia.

39. El Presupuesto General de la Nación, como estimativo de los ingresos fiscales, está conformado por los ingresos o rentas y los gastos o apropiaciones⁴⁸. En la presente oportunidad, la Corte solo se concentrará en estudiar el presupuesto de rentas y recursos de capital y más específicamente los fondos especiales. De esta manera, el literal a del artículo 11 del Estatuto Orgánico del Presupuesto determina que el presupuesto de rentas está conformado por: (i) los ingresos corrientes de la nación; (ii) las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto; (iii) **los fondos especiales**; (iv) los recursos de capital; y (v) los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.

Los fondos especiales fueron creados con el fin de cubrir las erogaciones por los servicios públicos prestados al Estado. De esta manera, el artículo 30 de la Ley 225 de 1995 los delimita como “(...) ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador”.

40. Así pues, este Tribunal a través de la **sentencia C-009 de 2002**⁴⁹ examinó la constitucionalidad de dicho artículo y explicó la naturaleza de estos fondos. Al respecto, la Corte afirmó que no eran “(...) contribuciones parafiscales ni ingresos corrientes en cuanto

⁴⁸ **ARTICULO 11.** El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:

a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.

b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos.

c) Disposiciones generales. Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General de la Nación, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan (Ley 38/89, artículo 7o. Ley 179/94, artículos 3o., 16 y 71. Ley 225/95, artículo 1o.).

⁴⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

*correspondían a una categoría propia en la clasificación de las rentas estatales*⁵⁰. Asimismo, *precisó que a partir de la lectura de los artículos 358 Superior y 11 y 27 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, los fondos especiales se definían como una renta diferente a los ingresos corrientes y a los recursos de capital, ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional y contribuciones parafiscales. En palabras de la Corte, son una “clasificación de rentas nacionales sui generis, en tanto se diferencia de los ingresos tributarios y no tributarios, que prevé el legislador orgánico con el ánimo de otorgar soporte jurídico a determinadas modalidades de concentración de recursos públicos”*⁵¹. Igualmente, esta Corporación ha dicho que éstos constituyen una excepción al principio de unidad de caja⁵².

En este mismo sentido, precisó que aunque no se especificara la naturaleza de los ingresos que hacen parte de estos fondos, sí se podía identificar dos modalidades de fondos: fondo-entidad⁵³ y fondo-cuenta⁵⁴.

⁵⁰ Sentencia C-009 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En dicha oportunidad, el demandante alegó que el artículo 30 del Decreto 111 de 1996 vulneraba el artículo 150 numerales 11 y 12, 338 y 359 de la constitución. Lo anterior, debido a que el Legislador no está facultado para crear fondos especiales, ya que solamente le está permitido fijar los gastos de la administración y establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente contribuciones parafiscales. Además, sostuvo que el artículo acusado le permitía al Legislador crear un nuevo impuesto no previsto en la Constitución. Finalmente, la Corte declaró EXEQUIBLE el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

⁵¹ Sentencia C-617 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte ejerció el control de constitucionalidad de las objeciones gubernamentales al proyecto de ley n.º 90/09 Senado – 259/09 Cámara, “por la cual se rinde homenaje a la memoria, vida y obra del intelectual, librepensador y escritor antioqueño Manuel Mejía Vallejo y se decretan disposiciones y efectos en su honor”. Dentro de dicho proyecto, el artículo 11 disponía la creación del Fondo Mixto Manuel Mejía Vallejo de Promoción de la Cultura y las Artes como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Cultura. El gobierno formuló una objeción en contra de dicha disposición, al considerar que: (i) se modificaba la naturaleza de la administración pública y específicamente el Ministerio de Cultura; y (ii) el fondo puede “(...) adquirir recursos tanto del presupuesto nacional como de otras fuentes, incluidas las de entidades territoriales y de cooperación internacional. Entonces, las entidades territoriales tendrían la potestad para constituir un fondo cuenta de estas características, pero en cualquier caso deberían hacerlo dentro de sus propios presupuestos y con sujeción a las normas constitucionales y orgánicas, al igual que las condiciones de cada entidad territorial”. La Corte declaró infundadas las objeciones presidenciales y en consecuencia declaró exequible el artículo 11 del proyecto de ley que permitía la creación del mencionado fondo.

⁵² Sentencia C-009 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵³ Sentencia C-075 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ Por ejemplo, el Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, se creó como una cuenta especial dentro del presupuesto de la Asociación Conferencia Nacional de Gobernadores, en el cual se depositarán los recaudos por concepto de los impuestos al consumo de productos extranjeros. La **sentencia C-414 de 2012 (M.P. Mauricio GonzálezCuervo)** estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 224 de la Ley 223 de 1995 que creaba el mencionado fondo-cuenta. En dicha oportunidad, el actor sostuvo que entre otras cosas, la disposición acusada vulneraba el principio de legalidad, libertad de asociación y autonomía territorial, toda vez que desviaba recursos públicos, favorece a una persona jurídica de derecho privado y limita la administración de estos recursos por parte de la Asociación. La Corte encontró que los recursos que hacían parte del fondo-cuenta, provenían de una fuente exógena, de modo que no le pertenecían a los Departamentos y al Distrito Capital. Para llegar a esta conclusión, esta

41. En relación con los primeros de ellos, la Corte ha estimado que se asemejan a una entidad de naturaleza pública que hace parte de la administración pública, es decir, que cuando se crean se trata de una nueva entidad que modifica la estructura de la administración pública⁵⁵ por lo cual tienen personería jurídica. Algunos ejemplos de este tipo de fondos son: (i) el Fondo



Corporación hizo un análisis de los criterios orgánico, formal y material de los recursos y descubrió que en efecto los recursos del fondo provenían de fuentes externas.

⁵⁵La Corte a través de la **sentencia C-650 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)** revisó las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de ley número 278 de 2002 que contemplaba la creación del Fondo Antonio Nariño como un fondo mixto para el desarrollo del periodismo, y la protección, solidaridad y defensa de los periodistas y comunicadores sociales. El Presidente de la República, manifestó que la creación de dicho fondo vulneraba los artículos 347, 356 y 357 de la Carta, toda vez que el artículo que creaba el Fondo Antonio Nariño no precisaba si éste estaba adscrito a alguna entidad del orden nacional, departamental o municipal. En este sentido, adujo que se creaba la posibilidad de que la Nación realizara aportes a dicho fondo, lo que infringiría el Sistema General de Participaciones. En aquella oportunidad la Corte también explicó que un fondo con personería jurídica no es equiparable a un fondo especial que constituye una cuenta (sin personería jurídica). De esta manera, el primero se asimila a una entidad de naturaleza pública que hace parte de la administración pública y por tanto modifica su estructura, mientras el segundo se refiere al sistema de manejo de recursos y por lo tanto no tiene personería jurídica. No obstante, un fondo-entidad puede tener dentro de sus funciones la administración de un fondo-cuenta. (...) De esta manera, la creación de un Fondo-entidad implica la modificación de la estructura de la administración nacional, lo que hace necesario el cumplimiento de las normas constitucionales especiales en cuanto la creación debe ser efectuada por el legislador y contar con la iniciativa o el aval del Gobierno (arts. 150-7 y 154).

Antonio Nariño⁵⁶; (ii) el Fondo Adaptación⁵⁷; y (iii) el Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero (FOREC)⁵⁸.

42. Por otra parte, los fondos-cuenta, al tenor del mencionado artículo 30 del EOP, son los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el Legislador, es decir, son un sistema de manejo de recursos sin personería jurídica y son fondos especiales. Algunos ejemplos de estos tipos de fondos son: (i) el Fondo de Solidaridad de Ahorradores y

⁵⁶ Sentencia C-650 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esa ocasión, la Corte revisó las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de ley número 278 de 2002 que contemplaba, entre otras cosas, la creación del Fondo Antonio Nariño como un fondo mixto para el desarrollo del periodismo, y la protección, solidaridad y defensa de los periodistas y comunicadores sociales. Finalmente, concluyó que este fondo modifica la estructura de la administración pública, toda vez que: (i) era definido como una “entidad”, (ii) gozaba de personería jurídica, (iii) contaba con autonomía en el manejo de sus recursos, (iv) recibía aportes públicos, además de los privados, y (v) los dineros públicos manejados a través de él estaban sujetos a control fiscal. Adicionalmente, según las normas objetadas el Fondo Antonio Nariño tenía (vi) funciones públicas como las de promover y desarrollar programas de seguridad social y proteger a las familias de periodistas (artículo 6 del proyecto), entre otras. Por último, (vii) el proyecto de ley en cuestión señalaba que en la Junta Directiva del Fondo Antonio Nariño estaría uno de los ministros del ramo del trabajo y la seguridad social (artículo 8 del proyecto).

⁵⁷ El Decreto 251 de 2011 creó el “Fondo Adaptación”, el cual tenía “*personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, [y estaba] adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público*”. Asimismo, dicho fondo tenía “*(...) como finalidad la identificación, estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición y transferencia de recursos para la recuperación, construcción y reconstrucción de la infraestructura de transporte, de telecomunicaciones, de ambiente, de agricultura, de servicios públicos, de vivienda, de educación, de salud, de acueductos y alcantarillados, humedales, zonas inundables estratégicas, rehabilitación económica de sectores agrícolas, ganaderos y pecuarios afectados por la ola invernal y demás acciones que se requieran con ocasión del fenómeno de “La Niña” (...)*”.

En dicha oportunidad, esta Corporación a través de la sentencia C-251 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sostuvo que a partir del artículo 215 de la Constitución y la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, era necesario realizar un análisis de: (i) la conexidad; (ii) la necesidad y (iii) la proporcionalidad de las medidas que introduce el gobierno a través de los decretos expedidos en estados de excepción. Así pues, la Corte determinó que el artículo 1° del Decreto que desarrollaba la naturaleza y finalidad del Fondo Adaptación era constitucional, puesto que: (i) la medida tenía una conexidad externa e interna, ya que el objeto, las finalidades, las funciones y la naturaleza del fondo buscaban repeler la crisis ambiental causada por la ola invernal; (ii) las medidas ordinarias en insuficientes para conjurar los daños ocasionados por el fenómeno de “La Niña”; y (iii) las medidas eran proporcionales pues perseguían finalidades importantes, eran idóneas para alcanzar los fines previstos y eran proporcionales para atender la emergencia. En este orden de ideas, la Corte declaró exequible el artículo 1° del Decreto 251 de 2011.

⁵⁸ El Decreto 197 de 1999 definió al FOREC como una “*(...) entidad de naturaleza especial del orden nacional con sede en Armenia, dotado de personería jurídica, autonomía patrimonial y financiera, sin estructura administrativa propia, cuyo objeto era la financiación y realización de las actividades necesarias para la reconstrucción económica, social y ecológica de la región del Eje Cafetero afectada por el terremoto del 25 de enero de 1999*”. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-218 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo explicó que la creación del Fondo se ajustaba a los preceptos constitucionales, ya que tenía como finalidad principal conjurar la situación de crisis que atravesaba el Estado. Asimismo, manifestó que el legislador extraordinario podía disponer la creación de entidades de naturaleza especial con el propósito de cumplir de manera eficiente objetivos específicos.

Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación⁵⁹; (ii) el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública⁶⁰; (iii) el Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros⁶¹; y el Fondo Nacional de Calamidades⁶².

Esta clase de fondos no modifican la estructura de la administración pública, pues el hecho de no tener el atributo de la personalidad jurídica, no les permite crear una entidad diferente a la que se encuentran vinculados. En otros términos, los fondos-cuenta son un sistema de manejo de recursos públicos que no tiene personalidad jurídica y que por tanto se encuentran adscritos a una entidad o Ministerio de la administración pública (v.gr. el Fondo para la Modernización,

⁵⁹El Decreto 2331 de 1998 establecía en su artículo 1° que el mencionado fondo era “una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos serán administrados mediante encargo fiduciario por sociedades fiduciarias legalmente establecidas en el país”.

A través de la sentencia C-136 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo la Corte hizo una revisión oficiosa del decreto y concluyó que dichas disposiciones eran exequibles, ya que: (i) la creación del fondo estaba dirigida a conjurar la crisis económica ocasionada a los ahorradores y depositantes de las organizaciones solidarias y cooperativas; y (ii) el objetivo del fondo buscaba devolver, con la presteza necesaria y por la vía más expedita, los recursos que ahorradores y depositantes habían dejado en manos de las entidades cooperativas en liquidación, subrogándose la Nación en las acreencias correspondientes, dentro de unas reglas mínimas y con unos requisitos que el mismo Decreto indicaba. Así, el Estado brindaba respaldo y protección a las personas perjudicadas por el deterioro económico de tales entidades.

⁶⁰ La Ley 1698 de 2013, mediante el artículo 4° creó el mencionado Fondo e indicó que era una cuenta especial de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, que haría parte del Ministerio de Defensa Nacional - Unidad de Gestión General. Igualmente, explicó que el Fondo no tendría personería jurídica, gozaría de independencia patrimonial, y funcionaría bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Este Tribunal mediante sentencia C-044 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa explicó que la norma demandada permitía el traslado de recursos para alimentar un fondo especial sin personería jurídica destinado a financiar el otorgamiento de una prestación a título gratuito – el servicio de defensa técnica y especializada – a los integrantes de la fuerza pública. Así pues, manifestó que “(...) la prestación con cargo a recursos públicos del servicio de defensa técnica para los integrantes de la fuerza pública, prevista en las normas demandadas, no queda comprendida dentro de las hipótesis de auxilio o donación prohibidas por el artículo 355 superior. Ello por cuanto los integrantes de la fuerza pública en ejercicio de su misión constitucional desarrollan una actividad peligrosa y, por tanto, el Estado está obligado, por el principio de correspondencia, a garantizar su defensa técnica, teniendo en cuenta que hay un ejercicio legítimo de la fuerza, en la tarea que desarrollan”. De conformidad con lo anterior, este Tribunal declaró exequibles las disposiciones demandadas por el accionante.

⁶¹ El Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, se creó como una cuenta especial dentro del presupuesto de la Asociación Conferencia Nacional de Gobernadores, en el cual se depositarán los recaudos por concepto de los impuestos al consumo de productos extranjeros. La sentencia C-414 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 224 de la Ley 223 de 1995 que creaba el mencionado fondo-cuenta. En dicha oportunidad, el actor sostuvo que entre otras cosas, la disposición acusada vulneraba el principio de legalidad, libertad de asociación y autonomía territorial, toda vez que desviaba recursos públicos, favorecía a una persona jurídica de derecho privado y limitaba la administración de estos recursos por parte de la Asociación. La Corte encontró que los recursos que hacían parte del fondo-cuenta, provenían de una fuente exógena, de modo que no le pertenecían a los Departamentos y al Distrito Capital. Para llegar a esta conclusión, esta Corporación hizo un análisis de los criterios orgánico, formal y material de los recursos y descubrió que en efecto los recursos del fondo provenían de fuentes externas.

⁶² Sentencia C-193 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia que está adscrito al Consejo Superior de la Judicatura⁶³ o el Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres⁶⁴). Así pues, los únicos fondos que modifican el esquema de organización la administración pública son los fondos-entidad.

*En este punto cabe resaltar que al menos en una oportunidad la Corte Constitucional ha adoptado criterios divergentes en relación con la categoría de los fondos-cuenta como fondos especiales. Ese es el caso de la **sentencia C-617 de 2012**⁶⁵ que revisó las objeciones presidenciales formuladas en contra del proyecto de ley n.º 90/09 Senado – 259/09 Cámara que permitía, entre otras cosas, la creación del “Fondo Mixto Manuel Mejía Vallejo de Promoción de la Cultura y las Artes como una cuenta especial”. Específicamente, el Gobierno sostuvo que la creación del fondo infringía los artículos 150-7, 151 y 154 de la Constitución, debido a que la disposición que lo creaba, modificaba la estructura de la administración nacional y, a su vez, las previsiones de este tipo están sujetas a la exclusiva iniciativa gubernamental. Además, explicó que aunque los fondos-cuenta sin personería jurídica no modifican la estructura de la administración pública, la norma objetada sí lo hacía, debido a que alteraba la estructura del Ministerio de Cultura.*

*La Corte declaró infundadas las objeciones presidenciales y en consecuencia declaró exequible el artículo 11 de ese proyecto de ley. Para arribar a dicha decisión, esta Corporación explicó la naturaleza de los fondos especiales a partir de las reglas jurisprudenciales sentadas en las **sentencias C-009 de 2002 y C-066 de 2003**, que, como se ha dicho, indican que los fondos especiales son un sistema de manejo de cuentas, de acuerdo con los cuales una norma destina bienes y recursos para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados.*

⁶³ Sentencia C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Esta Corporación estimó que el mencionado fondo se constituía en un sistema de manejo de cuentas, conforme a los cuales se destinaban bienes y recursos para su administración bajo las reglas previstas por el Legislador y la consecución de los objetivos por éste señalados. A partir de lo anterior, indicó que los componentes esenciales del fondo eran: (i) la creación del Fondo como una *cuenta* y no como una entidad en sí misma considerada; (ii) la vinculación al Consejo Superior de la Judicatura, con lo cual se buscaba optimizar el manejo de los recursos para descongestionar la Rama Judicial; (iii) la ausencia de personal diferente al asignado a la Dirección Ejecutiva del Consejo Superior de la Judicatura, de modo que no demandaba afectación presupuestal en ese aspecto.

⁶⁴ Decreto 1547 de 1984 modificado por el Decreto Ley 919 de 1989. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2222 de 2015 M.P. William Namen Vargas: Fundamento 3. “*El FNGRD no constituye una persona jurídica independiente de la Nación, sino un “fondo especial” o “fondo cuenta”, organizado bajo la forma de un patrimonio autónomo de creación legal, representado por La Previsora*”.

⁶⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Posteriormente, la decisión concluyó que de acuerdo con la **sentencia C-713 de 2008**⁶⁶ los “fondos especiales difieren de otras modalidades de afectación de recursos, estas sí con naturaleza institucional, como son los denominados fondos cuenta. Estos fondos, si bien guardan similitud con los fondos especiales en lo que respecta a su función de distribución de recursos públicos para un propósito definido, difieren radicalmente en que estos [fondos especiales], como se indicó, son una modalidad particular de clasificación de las rentas nacionales, mientras aquellos [fondo-cuenta] son asimilados a una entidad pública, en virtud que cuentan con personería jurídica”. Luego, esa providencia asimiló los fondos-cuenta a los fondos-entidad y los excluyó de la categoría de fondos especiales.

Sin embargo, la **sentencia C-713 de 2008**⁶⁷ no indica que los fondos-cuenta no sean fondos especiales ni que sean fondos-entidad. La decisión sostuvo que un fondo con personería jurídica, es decir, un fondo-entidad, no es equiparable a un fondo especial que constituye una cuenta (sin personería jurídica). De esta manera, el primero se asimila a una entidad de naturaleza pública que hace parte de la administración pública y por lo tanto modifica su estructura, mientras el segundo se refiere al sistema de manejo de recursos y no tiene personería jurídica. De esa manera, esta Corporación concluyó que el Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, que estudiaba en esa oportunidad, era un fondo-cuenta y que, por ello, no podía tener personalidad jurídica. En consecuencia, declaró inexecutable la expresión “con personería jurídica” del artículo 21 del proyecto de ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y No. 286 de 2007 Cámara, “por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”.

Así pues, la posición de que los fondos-cuenta son fondos especiales en los términos del artículo 30 del EOP es la que ha primado en la jurisprudencia de la Corte. Por ejemplo, la **sentencia C-650 de 2003**⁶⁸ dijo que un fondo que tiene personalidad jurídica es un fondo-entidad por oposición a un fondo-cuenta, pues el primero modifica la estructura de la administración y no excluyó a los fondos-cuenta de la categoría de fondos especiales⁶⁹.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante el **concepto 2222 de 2015**⁷⁰, que resolvió una consulta acerca del Fondo Nacional de Gestión del

⁶⁶ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁶⁹ Esta Corporación por medio de la sentencia C-650 de 2003 analizó las objeciones presidenciales al Proyecto de Ley No. 030 de 2001, 084 de 2001 – acumulados Cámara, número 278 de 2002 Senado, que permitía la creación del Fondo Antonio Nariño como un “fondo mixto para el desarrollo del periodismo”. Al respecto, la Corte explicó que los fondos especiales o fondo cuenta son un sistema de manejo de cuentas y sus recursos están comprendidos en el presupuesto general de rentas nacionales. A partir de la anterior, indicó que el Fondo Antonio Nariño al tener personalidad jurídica era una entidad que modificaba la estructura de la administración pública.

⁷⁰ M.P. William Namén Vargas.



T5ly nPcg g6P1 +8nM mfi/ aNII 9hM=

Validar documento firmado digitalmente en: <http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co>

*Riesgo de Desastres, concluyó que éste era un fondo-cuenta y un fideicomiso estatal de creación legal, y destacó que la jurisprudencia de dicha Sala "(...) ha empleado la denominación de fondos cuentas para referirse a los fondos especiales y, al respecto, ha señalado que carecen de personería jurídica y por ende, no tienen la naturaleza jurídica de un establecimiento público y tampoco encajan en una de las otras categorías de entidades estatales, pues no son ministerios, ni departamentos administrativos, ni superintendencias, ni empresas industriales y comerciales del Estado u otra clase de órgano o entidad pública"*⁷¹.

43. Ahora bien, aunque los fondos-cuenta se encuentran vinculados a una autoridad de la administración pública, pueden organizarse como patrimonios autónomos y su estructura hace parte del amplio margen de configuración del Legislador. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que los patrimonios autónomos tienen "(...) vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inocultable utilidad socio-económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigio"⁷².

En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que los "(...) patrimonios especiales, afectados o separados se caracterizan porque necesitan una norma jurídica que los cree en la medida que representan una excepción al principio general de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores; son independientes del patrimonio general y, como última característica, sólo responden por las obligaciones contraídas con ocasión de la finalidad perseguida"⁷³.

44. Así, es pertinente aclarar las condiciones del contrato de fiducia mercantil mediante el cual se llevan a cabo el objeto de los patrimonios autónomos. De acuerdo con el artículo 1226 del Código de Comercio, la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. De acuerdo con la misma disposición, solo los establecimientos de crédito y las entidades fiduciarias, vigiladas por la Superintendencia Financiera, podrán tener la calidad de fiduciarios.

45. El aspecto central del contrato de fiducia es la precisa determinación acerca del uso que debe darse a los recursos otorgados. Así, de acuerdo con la misma normativa: (i) los bienes

⁷¹ Fundamento jurídico 3.1.

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de agosto de 2005, exp. n.º 1909.

⁷³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. William Namen Vargas. Rad 2222. 2015

objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida (Art. 1227 C. Comercio); y (ii) dentro de los deberes del fiduciario está invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca (Art. 1234-3). A partir de este marco normativo, la doctrina nacional ha considerado que “[e]l fiduciario, en cumplimiento de la finalidad perseguida, tiene el poder-deber de contraer obligaciones con cargo al patrimonio autónomo, respetando los términos y condiciones fijados para el efecto en el contrato.” Consecuentemente, al surgir tales deudas los bienes fideicomitidos deben servir como respaldo de ellas, de conformidad con lo estatuido en el artículo 1227 del Código de Comercio, a cuyo tenor los bienes objeto de la fiducia “solo garantizan las obligaciones contraídas.” || En tal sentido, si bien el patrimonio autónomo no es persona jurídica, sus bienes puede ser gravados por el fiduciario en las mismas condiciones aplicables a un sujeto de derecho”⁷⁴.

De esta forma, el patrimonio autónomo es un centro de imputación de derechos y obligaciones, de carácter temporal y diferente a la persona que le dio origen (fiduciante, fideicomitente o constituyente), quien lo administra (fiduciario) y quien habrá de recibirlo (fideicomisario o beneficiario)⁷⁵.

46. Es pertinente destacar que el contrato de fiducia mercantil difiere del de fiducia pública. La figura de la fiducia pública, que es diferente de la sociedad fiduciaria pública, se encuentra contemplada en el numeral 5° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual señala, entre otras cosas que: “[l]os encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren”.

*En relación con ello, esta Corporación a través de la **sentencia C-086 de 1995**⁷⁶ estimó que aunque el Estatuto General de la Contratación Pública creó un nuevo tipo de contrato, sin*

⁷⁴ Sentencia C-368 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. William Namen Vargas. Rad 2222 (año: 2015).

⁷⁶ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha oportunidad, esta Corporación revisó una demanda de inconstitucionalidad en contra de algunos apartes del numeral 5° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Los demandantes manifestaron que la normativa acusada vulneraba el Preámbulo y los artículos 1, 2, 6, 13, 84, 113, 136 numeral 1, 150 numeral 19, 189 numeral 24, 300 numeral 9, 315 numeral 3, 331, 333 y 365 de la Constitución Política. Específicamente, los demandantes indicaron que las entidades fiduciarias no podrían ser contratadas por las entidades públicas para la administración de sus bienes y recursos, ya que lo que la ley denomina como fiducia pública, no podría ser celebrado por las entidades estatales sino hasta que la ley, la asamblea o el concejo respectivo lo autorizara. Igualmente, sostuvieron que la contratación de fiducias públicas y encargos fiduciarios siempre deberían someterse al régimen de licitación o de concurso de méritos, sin consideración a la cuantía, lo cual dificulta aún más la celebración de dichos contratos. Además, afirmaron que la modalidad de encargo fiduciario queda únicamente destinada a la cancelación de

definirlo, denominado "fiducia pública", se puede entender que éste "(...) 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 mismo, como se dijo, esta Corporación en la **sentencia C-244 de 2011**⁷⁷ revisó la constitucionalidad del Decreto 4832 de 2010 y lo declaró exequible bajo el entendido de que la facultad del Fondo Nacional de Vivienda para celebrar contratos fiduciarios sería hasta el año 2014⁷⁸. Para arribar a dicha decisión, la Corte primero se refirió a la naturaleza y finalidad del contrato de fiducia mercantil. En este sentido, adujo que este era un contrato utilizado por la administración pública para cumplir los fines constitucionales previstos en el artículo 2° Superior. Así, se refirió brevemente a la Ley 222 de 1983 como un antecedente del contrato de fiducia pública contemplado en el numeral 5° del artículo 30 del Estatuto General de la Contratación Pública. Por otra parte, esta Corporación en esa misma providencia reseñó las diferencias que existen entre las fiducias públicas y privadas de la siguiente forma:*

obligaciones derivadas de otro tipo de contratos públicos. Finalmente, la Corte declaró exequibles los apartes acusados del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, salvo el inciso primero de la citada normatividad, que se declaró inexecutable.

⁷⁷ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷⁸El Decreto 555 de 2003 creó el Fondo Nacional de Vivienda (FONVIVIENDA) como un fondo con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía presupuestal y financiera, sin estructura administrativa ni planta de personal propia; sometido a las normas presupuestales y fiscales del orden nacional y adscrito al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Posteriormente, el Gobierno Nacional consideró necesario fortalecer a dicha entidad para ejercer las acciones en materia de vivienda de interés prioritario, tendientes a la atención de los hogares afectados por la ola invernal, así como los ubicados en zonas de riesgo y de alto riesgo no mitigable. De conformidad con lo anterior, se profirió el Decreto 4832 de 2003, el cual establecía en su artículo 2° que el Director Ejecutivo de FONVIVIENDA en su calidad de Representante Legal, podía celebrar contratos de Fiducia Mercantil con destino a ejecutar actividades en materia de vivienda de interés social destinadas a la atención de los hogares afectados por la ola invernal. En este orden de ideas, la Corte consideró que dicha facultad ayudaba a superar la crisis ambiental que atravesaba el país. No obstante, precisó que estas prerrogativas solamente estarían vigentes hasta el año 2014, ya que era un término razonable para adoptar medidas de choque con la celeridad esperada y dar curso a las fases de rehabilitación y reconstrucción señaladas por el Gobierno Nacional, pues las autoridades podrían usar los cauces ordinarios para la ejecución de obras y proyectos a largo plazo que no alcancen a ser iniciadas dentro del término prescrito. Adicionalmente, porque el término citado resulta suficiente para que el Ejecutivo, en caso de necesitarlo, proponga al Congreso el trámite de una ley ordinaria destinada a modificar las funciones radicadas en cabeza del Fondo Nacional de Vivienda.

i. *El contrato de fiducia pública no permite la transferencia del dominio de los bienes involucrados en el mandato que se otorga. En consecuencia, no se constituye un patrimonio autónomo diferente al propio.*

ii. *Las entidades públicas no pueden delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de contratos que resulten necesarios para el desarrollo de la fiducia pública.*

iii. *Los contratos de fiducia pública deben celebrarse con un objeto y plazo determinados.*

iv. *Además de la vigilancia que ejerce la Superintendencia Financiera sobre las sociedades fiduciarias, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, deben ejercer control sobre las actuaciones de la fiduciaria en relación con la ejecución de recursos públicos.*

Por último, esta Corporación insistió en el margen de configuración legislativa que tiene el Legislador extraordinario para proferir normas que permitan solucionar las situaciones extraordinarias que dieron paso a la declaratoria del Estado de excepción que pueden contemplar el uso de estas formas de administración de bienes.

47. Vale la pena resaltar que en general los fondos especiales pueden suscribir contratos para el cumplimiento de los objetivos que le fueron asignados. En su mayoría, estos fondos garantizan el cumplimiento de su objeto mediante contratos fiduciarios. En este sentido, la Corte ha considerado que es constitucional que estos fondos se rijan por el derecho privado. Lo anterior obedece a que el régimen de contratación privada permite celebrar contratos de manera más expedita.

48. La jurisprudencia constitucional también ha precisado que cuando estos fondos se han creado mediante decretos de emergencia, por ejemplo, para conjurar situaciones de crisis económica, ambiental o de guerra exterior se ha permitido que se sometan a las reglas del régimen de contratación privada como una excepción al de contratación pública, consagrado en el Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y Ley 1150 de 2007⁷⁹, por la urgencia

⁷⁹ C-194 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte analizó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4830 del 29 de diciembre de 2010, “*Por el cual se modifica el decreto 4702 de 2010*”, y que entre otras cosas, establecía que la fiduciaria que administrara los recursos del Fondo Nacional de Calamidades debía sujetarse a las reglas de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado. En efecto, esta Corporación sostuvo que se permitía flexibilizar el régimen de contratación del fondo, toda vez que era un imperativo constitucional la consecución de la asistencia humanitaria. No obstante, adujo que una medida de excepción que permitiera que la ejecución de todos estos proyectos de inversión y obras públicas se adelantaran por fuera de los canales tradicionales de la contratación estatal era injustificado y desproporcionado, toda vez que no existía razón alguna que justificara omitir, a lo largo de cuatro años, numerosos requisitos y procedimientos que rigen la contratación pública. Así las cosas, concluyó que las obras

de las situaciones que deben atender, pues requieren medidas necesarias y proporcionales que ayuden a superar las circunstancias particulares que les dieron origen⁸⁰. Sin embargo, dichas facultades en este contexto no son perennes, pues esta Corporación ha dicho que deben extinguirse al momento en que las condiciones excepcionales que dieron lugar a su creación hubieren fenecido⁸¹.

49. En conclusión, los fondos especiales hacen parte del presupuesto de rentas y recursos de capital de presupuesto general de la Nación. Según el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto pueden ser de dos modalidades: (i) los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico; o (ii) los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el Legislador. Los fondos-cuenta⁸² son fondos especiales,

incluidas dentro de la fase de rehabilitación, al igual que las actividades incluidas dentro del concepto de asistencia humanitaria, podían contratarse con base en el régimen excepcional de contratación, pero únicamente dentro del término máximo de un (1) año, contado a partir de la fecha de comunicación de la sentencia.

⁸⁰ Sentencia C-193 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo. En dicha oportunidad, la Corte hizo una revisión del Decreto 919 de 1989 modificado por el Decreto 4702 de 2010 que establecía en su artículo 3° el régimen de contratación del Fondo Nacional de Calamidades. Así pues, la Corte concluyó que era exequible bajo “(...) *el entendido que el régimen de contratación al que allí se alude sólo podrá tener vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014 y que el aparte según el cual ‘El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública’*”. Lo anterior, ya que aunque el régimen de contratación que se creó para repeler en forma eficiente las necesidades generadas por el fenómeno ambiental, guardara estrecha relación con los hechos y causas de la crisis, y permitiera al Estado adquirir los bienes y servicios necesarios para superar la emergencia, no era constitucional que dicho régimen se mantuviera indefinidamente en el tiempo, más aún, cuando el gobierno nacional no explicó por qué era necesario excepcionar la aplicación del Estatuto de la Contratación indefinidamente, cuando era “ *evidente que el Gobierno Nacional sólo [requería] de un periodo razonable y prudencial para el efecto, en el que la planeación y contratación debían vitales (...)*”. De esta manera, la Corte limitó el alcance de dicho artículo y determinó que una vez acaeciera el plazo fijado (31 de diciembre de 2014) el gobierno debía recurrir a las normas de contratación pública para que el fondo pudiera contratar.

⁸¹ Sentencia C-251 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Para la Corte, la posibilidad de que el Fondo Adaptación pudiera contratar a través del régimen privado para hacer frente en forma eficiente a las necesidades generadas por el Fenómeno de La Niña, cumplía con los criterios de conexidad, necesidad y proporcionalidad. No obstante, la Corte anotó que el régimen especial de contratación que se ha diseñado para afrontar esta emergencia, no podía mantenerse indefinidamente en el tiempo, razón por la que consideró razonable establecer un límite temporal para ello.

⁸² Por ejemplo, el *Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros*, se creó como una cuenta especial dentro del presupuesto de la Asociación Conferencia Nacional de Gobernadores, en el cual se depositarán los recaudos por concepto de los impuestos al consumo de productos extranjeros. La sentencia C-414 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 224 de la Ley 223 de 1995 que creaba el mencionado fondo-cuenta. En dicha oportunidad, el actor sostuvo que entre otras cosas, la disposición acusada vulneraba el principio de legalidad, libertad de asociación y autonomía territorial, toda vez que desviaba recursos públicos, favorece a una persona jurídica de derecho privado y limita la administración de estos recursos por parte de la Asociación. La Corte encontró que los recursos que hacían parte del fondo-cuenta, provenían de una fuente exógena, de modo que no le pertenecían a los Departamentos y al Distrito Capital. Para llegar a esta conclusión, esta Corporación hizo un análisis de los criterios orgánico, formal y material de los recursos y descubrió que en efecto los recursos del fondo provenían de fuentes externas.

mientras que los fondos-entidad⁸³ corresponden a una entidad de naturaleza pública que hace parte de la administración pública, es decir que es una nueva entidad que modifica la estructura de la administración pública. Así, los fondos-cuenta se refieren al sistema de manejo de recursos que no cuenta con personería jurídica, puede ser un patrimonio autónomo y, en general, se admite que se rijan por las reglas de contratación de derecho privado como una excepción a las disposiciones que rigen la contratación pública, que son temporales en el contexto de situaciones de emergencia.”

Cordialmente,

LUIS FERNANDO VILLOTA QUIÑONES

Subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial
Dirección General de Apoyo Fiscal
Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Anexo: Oficio No. 043759 en dos folios.

REVISÓ: Luis Fernando Villota Quiñones

ELABORÓ: Hernán Rico Barbosa

⁸³ Sentencia C-075 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Firmado digitalmente por: Luis Fernando Villota Quinonez

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co