



Función Pública

Concepto 429311 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000429311

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000429311

Fecha: 02/12/2021 07:00:12 a.m.

Bogotá D.C.

REF. ENTIDADES. Naturaleza jurídica. Naturaleza jurídica del Fondo Nacional Ambiental - FONAM. RAD. 2021-206-0664852 del 13 de octubre de 2021.

Respetada señora, reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta por la naturaleza jurídica del Fondo Nacional Ambiental - FONAM, me permito indicar lo siguiente:

Con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera pertinente tener en cuenta: Naturaleza jurídica de los fondos especiales.

Respecto de los fondos especiales, la Ley 225 de 1995 establece lo siguiente:

“Artículo 27. Constituyen fondos especiales en el orden nacional, los 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.”

Frente al particular, este Departamento Administrativo ha señalado en su página web <https://www.funcionpublica.gov.co/glosario/-/wiki/Glosario+2/Fondos+Cuentas> que los fondos cuenta son una “Forma de administración de recursos públicos, con o sin personería jurídica, y su representante legal es el titular de la entidad al cual está adscrito, que funciona con la planta de ministerio o departamento.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-438 del 13 de julio de dos mil diecisiete 2017, emitió línea jurisprudencial respecto de los fondos-cuenta y fondos-entidad con ponencia de la Magistrada Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, en la que se precisó lo siguiente.

“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 correspondían a una categoría propia en la clasificación de las rentas estatales”. 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”. Igualmente, esta Corporación ha dicho que éstos constituyen una excepción al principio de unidad de caja.

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-entidad y fondo-cuenta.

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 Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación[59]; (ii) el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública[60]; (iii) el Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros[61]; y el Fondo Nacional de Calamidades[62].

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, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia que está adscrito al Consejo Superior de la Judicatura [63] o el Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres[64]). 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.

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 especiales[69].

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 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 inculcable 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.

(…)

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 5º 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 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 2014[78]. 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 2º Superior. Así, se refirió brevemente a la Ley 222 de 1983 como un antecedente del contrato de fiducia pública contemplado en el numeral 5º 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:

(…)

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.

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-cuenta[82] son fondos especiales, mientras que los fondos-entidad[83] 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.”

De acuerdo con la Corte Constitucional, los fondos-cuenta son fondos especiales, hacen parte del presupuesto de rentas y recursos de capital de presupuesto general de la Nación, sin estructura administrativa propia, adscritos a una entidad del orden nacional, se refieren al sistema de manejo de recursos que no cuenta con personería jurídica; en su mayoría, estos fondos garantizan el cumplimiento de su objeto mediante contratos fiduciarios (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 excepcionales, en razón a que el régimen de contratación privada permite celebrar contratos de manera más expedita.

Por su parte, los fondos-entidad 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, en consecuencia, son de creación legal por iniciativa del Gobierno Nacional¹, pueden regirse en materia de contratación por las reglas del derecho privado.

Así las cosas, se precisa que los fondos cuenta no cuentan con estructura administrativa, se crean con la finalidad de “prestación de un servicio público específico”²según los actos de creación.

Fondo Nacional Ambiental-FONAM

En relación con el FONAM el Decreto 4317 de 2004 determina lo siguiente:

“Artículo 1º. Naturaleza. El Fondo Nacional Ambiental, Fonam, es un sistema especial de manejo de cuentas del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con personería jurídica, patrimonio independiente, sin estructura administrativa ni planta de personal y con jurisdicción en todo el territorio nacional.

Artículo 2º. Dirección y administración del Fonam. La dirección y administración del Fonam está a cargo del Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y del Consejo de Gabinete.

Las actuaciones y decisiones del Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Consejo de Gabinete, deberán estar enmarcadas en:

- El Plan Nacional de Desarrollo.*
- La Política Ambiental.*

El Plan de Acción del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Parágrafo. El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial es el representante legal y ordenador del gasto del Fonam.

Artículo 3º. Funciones del Consejo de Gabinete. Son funciones del Consejo de Gabinete:

- 1. Definir las políticas administrativas, financieras y operativas del Fonam.*
- 2. Adoptar el reglamento operativo del Fonam, que contendrá como mínimo los criterios y procedimientos para el manejo y ejecución de los recursos asignados a las diferentes líneas de financiación del Fondo.*
- 3. Aprobar los proyectos a financiar con recursos provenientes de la Línea de Financiación por Demanda de Proyectos de Inversión Ambiental.*
- 4. Aprobar el Plan Operativo de Inversión Anual para las subcuentas de la línea de recaudo y ejecución de recursos con destinación específica.*
- 5. Determinar los procedimientos y mecanismos para el seguimiento y control de las subcuentas del Fonam.”*

De acuerdo con lo previsto en la norma de creación, el FONAM es un sistema especial de manejo de cuentas del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, cuenta con personería jurídica, patrimonio independiente, no tiene una estructura administrativa ni planta de personal y cumple sus funciones en todo el territorio nacional.

La dirección y administración, así como la representación legal del Fonam se encuentra a cargo del Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Harold Herreño

Revisó: Armando López Cortes

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Numeral 7 del artículo 150 C.P. e inciso segundo del artículo 154 de la C.P.
2. Artículo 27 de la Ley 225 de 1995

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:12:40