Función Pública

# Concepto Sala de Consulta C.E. 2222 de 2015 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá D

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ALVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2014-00172-00

Número Interno 2222

Referencia: ARTÍCULO 6º DE LA LEY 1106 de 2006 EN EL QUE SE DISPONE UNA CONTRIBUCIÓN DEL 5% DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO O DE LA ADICIÓN DE UNO, A CARGO DE LOS CONTRATISTAS DE OBRA PÚBLICA O DE QUIENES CELEBREN CONTRATOS DE ADICIÓN.

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR.

El Señor Ministro del Interior pregunta a la Sala de Consulta y Servicio Civil si en los contratos de obra pública, y en las adiciones respectivas, donde se dispone, a través de los representantes correspondientes, de los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (en adelante "FNGRD" o "el fondo"), se causa, a cargo del contratista, la contribución dispuesta en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, en atención a los siguientes:

1. ANTECEDENTES

Las leyes 104 de 1993, 1106 de 2006 y 1421 de 2010 establecieron una contribución por concepto de *"los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones"*, en virtud de la cual las personas naturales o jurídicas que suscribieran estos contratos o concesiones con *"entidades de derecho público"*, o celebraran adiciones al valor de los existentes, debían pagar a favor del Estado una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato o de la adición.

La Directora de Gestión Pública de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN emitió el concepto 34555 del 6 de junio de 2014, en el cual concluyó que los contratos de obra o las adiciones que celebre el FNGRD no están sujetos al pago de la contribución referida, puesto que el fondo no tiene la naturaleza de entidad estatal.

Con base en el concepto de la DIAN, 72 contratistas han solicitado la devolución de los recursos correspondientes a la contribución; el Tesoro Nacional ha pedido al Ministerio del Interior, en su calidad de administrador del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana–Fonsecon, su autorización y concepto jurídico para proceder en tal sentido.

Fiduciaria La Previsora S.A. (en adelante "La Previsora" o "Fiduprevisora"), en calidad de representante de los fondos, a partir de la expedición

del concepto de la DIAN, se ha abstenido de aplicar las retenciones en la fuente que conciernen a la contribución en los contratos de obra pública y en sus adiciones.

Habida cuenta de lo expuesto, el ministro formuló en el escrito de planteamiento de la consulta y en el de complementación, de fecha 18 de marzo de 2015, las siguientes PREGUNTAS:

*1. ¿En los contratos de obra pública del Fondo de Gestión del Riesgo de Desastres, celebrados conforme a lo previsto en los artículos 48 a 50 de la Ley 1523 de 2012, en los cuales actúa la Fiduprevisora S.A. como representante legal del Fondo y vocera del fideicomiso estatal allí previsto, ¿se causa la contribución del 5% establecida en el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, y por tanto se ha debido realizar la retención de la contribución y trasladar el recaudo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público?*

*2. Si la conclusión llegare a ser que no se causa la contribución en tales contratos, ¿procedería la devolución de los valores recaudados?*

*3. En general, en patrimonios autónomos que se conformen por mandato legal, como en el caso de Fonvivienda o del Fondo de Adaptación, ¿resultaría viable realizar la retención a que se refiere la Ley 1106 de 2006, cuando celebren contratos de obra pública o de adición al valor de los existentes, o en las concesiones de vías públicas?*

El día 27 de abril de 2015 tuvo lugar una reunión en el Consejo de Estado, en transcurso de la cual los funcionarios del Ministerio del Interior explicaron su posición sobre el tema.

En la misma fecha, por medio de comunicación escrita, el señor Ministro del Interior desistió de la pregunta número tres y expresó que en torno a la administración del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres no se ha suscrito contrato alguno entre la Nación y La Previsora hasta la fecha.

2. CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se plantea en los siguientes términos: ¿los contratos de obra pública que suscribe La Previsora en condición de representante del FNGRD, así como las adiciones respectivas, están sujetos al pago a cargo de los contratistas del 5% del valor correspondiente a título de contribución?

B. ANÁLISIS DE LA SALA

El estudio de la Sala comprenderá los siguientes aspectos: 1. Consagración normativa de la contribución. Concepto de la DIAN; 2. Análisis general de las personas jurídicas y de los organismos y entidades del Estado con capacidad para contratar; 3. Análisis del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres como un fondo cuenta y un fideicomiso estatal de creación legal; 4. Patrimonio autónomo y negocios fiduciarios; 5. El FNGRD es propiedad de la Nación y sus contratos se someten al derecho privado.

1. Consagración normativa de la contribución. Concepto de la DIAN.

En la legislación nacional, de conformidad con los elementos que los caracterizan y diferencian, los tributos se han clasificado tradicionalmente en *(i)* impuestos –*"gravamen que surge unilateral, obligatoria y coactivamente del solo hecho de la sujeción del contribuyente o responsable a dicho poder de imposición sin contraprestación o equivalencia directa e individual"*[1]–, *(ii)* tasas –*"imposición y erogación que corresponde a la*

*prestación concreta e individualizada de un servicio al usuario, dentro de un contexto de parcial equivalencia"*[2]– *(iii)* pagos parafiscales *"gravámenes obligatorios que no tienen el carácter de remuneración de un servicio prestado por el Estado, no afectan a todos los ciudadanos sino únicamente a un grupo económico determinado, tienen una destinación específica en cuanto se utilizan para el beneficio del sector económico que soporta el gravamen"*[3]– y *(iv)* contribuciones.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que las contribuciones se originan *"en beneficios individuales o grupales reportados por la realización de obras o gastos públicos o por especiales actividades de servicio del Estado y que se reflejan en una ventaja efectiva y mensurable para el beneficiario o usuario en términos monetarios."*[4]

1.1. Contribución.

En términos generales, desde 1993 ha existido en nuestro régimen tributario una contribución a cargo de las personas que celebran contratos de obra, o adiciones a estos contratos, con las entidades públicas, la cual asciende al cinco por ciento (5%) del valor del contrato o adición.

La Ley 104 de 1993 consagró por primera vez la contribución en su artículo 123, de conformidad con los siguientes términos:

"*… todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamentos o municipios, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición*"

La Ley 104 de 1993 pretendía *"dotar al Estado Colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política"* (artículo 1). Así, la norma consagró *"unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia"*, con vigencia de dos años.

Una vez expirado el término, la Ley 241 de 26 de diciembre de 1995, la prorrogó por dos años y le introdujo algunas modificaciones y adiciones.

Con posterioridad, la Ley 418 de 1997 prescribió:

*"ARTÍCULO 120.- Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, departamento o municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición".*

La vigencia de esta norma fue de dos años, luego de lo cual se prorrogó por tres años, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 548 de 1999.

La Ley 782 de 2002, en el artículo 37, modificó lo dispuesto en la Ley 418 de 1997, cuya redacción, a partir de entonces correspondió al siguiente texto:

*"ARTÍCULO 120. Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías de comunicación terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición".*

El artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 *"sobre contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones"* dispuso que el artículo 37 de la Ley 782 de 2002, tendría el siguiente texto:

*"Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.*

*Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión.*

*Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley".*

La vigencia de la norma fue de cuatro años y se prorrogó expresamente mediante el artículo 1 de la Ley 1421 de 2010 por un período idéntico. La Ley 1738 de 2014, en el parágrafo del artículo 8 determinó que el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, es decir, la contribución a la cual hace referencia la consulta, tendría *"una vigencia de carácter permanente"*.

A lo largo de la evolución normativa se observa claramente que la causación del tributo se predica de los contratos de obra pública celebrados con *"entidades de derecho público"*.

1.2. Concepto de la DIAN.

La Directora de Gestión Pública de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN expidió el concepto 34555 del 6 de junio de 2014, en el cual concluyó que los contratos de obra o las adiciones que celebre el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres no están sujetos al pago de la contribución referida, puesto que el fondo no tiene la naturaleza de entidad estatal. En concreto:

*"… siendo claro que el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres tiene la naturaleza de una cuenta especial de la Nación y siendo palmario además que sus bienes y derechos constituyen un patrimonio autónomo con destinación específica, administrado por Fiduciaria La Previsora, de derecho resulta colegir que el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres no se encuentra comprendido dentro de la enumeración de entidades estatales consagrada por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993*

*Ahora bien, es cierto que la Fiduciaria La Previsora, en su calidad de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sí se encuentra dentro de la enumeración de las entidades estatales del artículo 2 de la Ley 80 de 1993; pero esta circunstancia no cambia la naturaleza del patrimonio autónomo por ella administrado, quien es el verdadero contratante.*

*Esta circunstancia comporta como lógica consecuencia que la celebración de contratos de obra efectuada por el patrimonio autónomo con personas naturales o jurídicas de derecho privado no genera la contribución establecida en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, razón por la cual, la fiduciaria administradora del referido Fondo no se encuentra en la obligación de practicar a nombre del Fondo, la retención de la contribución a que hace referencia el artículo 121 de la Ley 418 de 1997".*

En ese orden de ideas, la DIAN ha conceptuado que el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres no constituye una entidad estatal y que, por esto, los contratos de obra y las adiciones que celebre no constituyen hecho gravable para la contribución.

2. Análisis general de las personas jurídicas y de los organismos y entidades del Estado con capacidad para contratar.

Los protagonistas de la escena jurídica, esto es, los sujetos de derecho por excelencia que crean, ejecutan, modifican y extinguen relaciones

amparadas por el derecho, como las de índole contractual, son las personas.

2.1. Personas jurídicas y entidades públicas o estatales

El Código Civil define que las personas son naturales o jurídicas (artículo 73); tratándose de las primeras refiere que son *"todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición"* (artículo 74); acerca de las segundas, *"se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente"* (artículo 633).

Las personas jurídicas, también denominadas personas morales, son susceptibles de ser clasificadas, a su vez, en atención al origen de los recursos que las integran, la finalidad que cumplen y a las condiciones de su creación, funcionamiento, regulación, intervención, vigilancia, extinción y liquidación, en dos géneros: personas o entidades de derecho público y personas o entidades de derecho privado.

La doctrina administrativa, en consonancia con la civil, ha considerado que la personalidad jurídica se configura cuando concurren tres elementos: *(i)* unos intereses considerados por el legislador como dignos de protección jurídica; *(ii)* una relación lógica que vincula estos intereses a un sujeto como centro de imputación; *(iii)* una organización que permite determinar quién tiene la representación de estos intereses[5].

Así, en cuanto concierne a las personas jurídicas de derecho público y su relación con las personas naturales que dentro de ellas se desempeñan, se advierte que éstas últimas hacen parte, evidentemente, en tanto que pasibles de apreciación por los sentidos y por la razón, de la administración y del gobierno de un Estado, pero las actuaciones que cumplen en desarrollo de sus funciones no incorporan intereses ni derechos propios, sino el ejercicio de poderes y competencias en nombre de la persona jurídica en torno a la cual se agrupan en procura de la obtención del interés general, persona jurídica que en tal virtud asume el papel o rol central de la relación jurídica del caso.

Es común en el derecho público y en el derecho privado encontrar algunos centros de intereses que no pueden ser calificados como personas jurídicas y que, no obstante, obran en el campo de lo jurídico y de lo fáctico. En efecto, diferentes derechos y obligaciones de índole legal, contractual o extracontractual se radican sobre tales centros de intereses y les resultan imputables.

En el derecho público el desarrollo es sumamente amplio en tanto que algunas entidades y organismos del Estado constituyen personas jurídicas propiamente dichas, mientras que otros, a pesar de contar con autonomía e independencia en los ámbitos administrativo y financiero, no tienen personería jurídica. Todo ello depende de las normas legales y del acto de creación del organismo.

Por ejemplo, en la Ley 489 de 1998 se indica que algunas superintendencias y unidades administrativas especiales no tienen personería jurídica y que otras sí la tienen (artículo 38). Así, las primeras hacen parte del sector central, razón por la cual quien detenta la personería jurídica es la Nación, y las segundas integran el sector descentralizado por servicios, de suerte que constituyen personas jurídicas autónomas e independientes de la Nación.

En ese orden de ideas, no es posible establecer la naturaleza o denominación de los organismos y entidades del Estado como el criterio único para identificar cuáles tienen personería jurídica y cuáles no, porque ello dependerá del acto de creación del organismo o entidad correspondiente[6].

2.2. Organismos y entidades estatales con capacidad o competencia para contratar. Consagración normativa.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 352 estableció que correspondería a la ley disponer respecto de *"la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar"*.

La Ley 80 de 1993 definió en el artículo 2 que, para efectos de la contratación estatal, se denominan entidades estatales:

*"a) la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles."*

*"b) el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos."*

La Sala observa dos cuestiones iniciales de la norma transcrita. En primer lugar, la norma no identifica la noción de entidad estatal con la de persona jurídica, puesto que se relacionan dentro del listado entes u organismos que están dotados de personería jurídica –Nación y las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios– y otros que no lo están –como los ministerios– los cuales, a pesar de esto, son hábiles para contratar. Esta condición especial de la norma de no restringir el concepto de entidad estatal a las personas jurídicas fue advertida dentro de su exposición de motivos[7].

En segundo lugar, al igual que ocurre en la Constitución Política, se habla de capacidad de las entidades estatales para celebrar contratos. No obstante, la Sala Contenciosa del Consejo de Estado ha concluido que en relación con las entidades estatales el término adecuado no es capacidad sino competencia para la celebración de contratos, así:

*"La capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la existencia y validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derecho y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse, bajo la noción de "competencia", expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.)[8]"*

En el mismo sentido, la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 explicó que la aptitud legal de los sujetos para obligarse por sí mismos mediante la celebración de contratos se denomina competencia cuando se predica de un ente estatal y capacidad cuando alude a un particular[9].

Habrá de determinarse a continuación qué competencia tiene para contratar el FNGRD, quién es su representante, cuál el régimen aplicable, así como los demás aspectos que resulten relevantes para absolver la consulta planteada.

3. Análisis del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres como un fondo cuenta y un fideicomiso estatal de creación legal.

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.

3.1. Fondo-especial (fondo-cuenta) y fondo-entidad.

La Sala encuentra conveniente revisar en la historia reciente de las instituciones, lo que el Decreto 3130 de 1968 *"por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional"*, definía sobre el particular, a saber:

*"ARTÍCULO 2.- 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.*

*Cuando a dichas características se suma la personería jurídica, las entidades existentes y las que se creen conforme a la ley, lleven o no la mención concreta de fondos rotatorios, son establecimientos públicos".*

La Ley 489 de 1998 *"por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional…"* derogó el Decreto 3130 de 1968[10] y se abstuvo de disponer en su articulado acerca de los fondos.

En su artículo 68 definió las entidades descentralizadas del orden nacional –establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas, sociedades de economía mixta, superintendencias, unidades administrativas especiales, empresas sociales del Estado, empresas oficiales de servicios públicos, entre otras– y determinó que la detentación de personería jurídica era uno de los elementos que las caracterizaban[11].

En ese orden de ideas, los fondos especiales, no tienen en la actualidad otra definición diferente a la contenida en el Decreto 111 de 1996 *"por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto"*, esto es:

*"ARTÍCULO 30.- 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"*.

La Ley 42 de 1993 *"sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen"*, en su artículo 37, señala que el *"presupuesto general del sector público"* lo conforman: *(i)* el presupuesto general de la Nación y el de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios; *(ii)* el presupuesto de los fondos de la Nación que manejan los particulares o entidades y *(iii)* los presupuestos *"de los fondos sin personería jurídica denominados especiales o cuenta creados por la ley o con autorización de ésta"*.

Al respecto, la Corte Constitucional ha concluido que los fondos especiales:

*(i) "son un sistema de manejo de cuentas, de acuerdo a 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"*[12];

*(ii) "no son contribuciones parafiscales ni ingresos corrientes en cuanto corresponden a una categoría propia en la clasificación de las rentas nacionales"*[13];

*(iii) "constituyen una de las excepciones al principio de unidad de caja"*[14]

La Sala de Consulta 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"*[15].

Por el contrario, *"un fondo con personería jurídica no es equiparable a un fondo especial que constituye una cuenta (sin personería jurídica)"*[16] de conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puesto que *"en aquellos casos en que el legislador decide introducir un fondo y le confiere en la norma correspondiente personería jurídica, se está ante un fondo entidad, que no puede comprenderse como una simple categorización de ingresos públicos"*[17].

En la situación de los fondos entidad se encuentran, por ejemplo, el Fondo Adaptación y el Fondo Nacional de Vivienda – Fonvivienda. En efecto, el Fondo Adaptación, creado por medio del Decreto 4819 de 2010, cuenta con *"personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera"* (artículo 1); la Corte Constitucional, al revisar oficiosamente el decreto referido advirtió que la naturaleza jurídica del Fondo Adaptación correspondía a un establecimiento público[18]. En idéntica situación está el Fondo Nacional de Vivienda – Fonvivienda, dado que en el Decreto 555 de 2003 se lo define como *"un fondo con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía presupuestal y financiera"* (artículo 1).

De acuerdo con lo que se ha explicado, en Colombia existen: *(i)* fondos especiales o fondos cuenta, los cuales no tienen personería jurídica y constituyen solamente un sistema para el manejo de cuentas y *(ii)* fondos entidad, los cuales sí tienen personería jurídica y se asemejan a los establecimientos públicos. El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, tal y como se explicará a continuación, es un fondo especial o fondo cuenta.

3.2. El FNGRD es un fideicomiso estatal de creación legal representado por Fiduprevisora.

El Fondo Nacional de Calamidades fue creado por el Decreto 1547 de 1984, en su artículo 1, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989, *"como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, con fines de interés público y asistencia social y dedicado a la atención de las necesidades que se originen en situaciones de desastre o de calamidad o de naturaleza similar"*.

Con posterioridad, el nombre cambió por el de Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, de acuerdo con las modificaciones que impuso la Ley 1523 de 2012 *"por la cual se adopta la política nacional de gestión de riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones"*, en cuyo artículo 47 se lee:

*"El Fondo Nacional de Calamidades creado por el Decreto 1547 de 1984 y modificado por el Decreto-ley 919 de 1989, se denominará en adelante Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y continuará funcionando como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística conforme a lo dispuesto por dicho Decreto*.

En relación con la naturaleza del fondo, desde su creación, *"se tendrá como un fideicomiso estatal de creación legal"*, y su manejo y representación corresponderá a *"la Sociedad Fiduciaria La Previsora Limitada, empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público"* (artículo 3 del Decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989).

Acerca de *"los bienes y derechos de la Nación"* que integran el fondo, se definió que *"constituyen un patrimonio autónomo destinado específicamente al cumplimiento de las finalidades señaladas por el presente decreto"* y, en tal virtud *"se manejarán y administrarán por la Sociedad Fiduciaria La Previsora Limitada en forma completamente separada del resto de los activos de la misma sociedad, así como también de los que integren otros fideicomisos que esa entidad reciba en administración"* (artículo 3 del Decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989).

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, en los artículos 275 y siguientes definen a la Fiduciaria La Previsora como una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de cuyas operaciones autorizadas *"de carácter especial"*, se encuentra el *"manejo del Fondo Nacional de Calamidades"*.

Es conveniente precisar que la sociedad se transformó *"en la Fiduciaria La Previsora S.A., conforme a la autorización impartida por la Junta de Socios mediante Acta Nº 64 aprobada el 29 de noviembre de 1993"* (artículo 1 del Decreto 2659 de 1993), esto es:

*"una Sociedad de Economía Mixta de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y con control fiscal reglamentado por la Contraloría General de la República"*[19].

En relación con el fondo, el artículo 276 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero reproduce lo dispuesto en las normas que le dieron creación, especialmente que: *(i) "los bienes y derechos de la Nación integrantes del patrimonio autónomo estarán destinados específicamente al cumplimiento de las finalidades señaladas por la Ley que lo crea"*; *(ii)* el fondo es un fideicomiso estatal de creación legal; *(iii)* la Previsora tiene a su cargo para todos los efectos la representación del Fondo, el cual será administrado de forma separada de los activos de la fiduciaria y de los otros fideicomisos.

La Ley 1523 de 2012, mantuvo la denominación de patrimonio autónomo para calificar los recursos que integran el Fondo, al expresar que: *"los bienes y derechos de la Nación que hacen parte del Fondo Nacional constituyen un patrimonio autónomo con destinación específica al cumplimiento de los objetivos generales señalados en el artículo 47 de la presente ley"* (artículo 49). Los objetivos corresponden a:

*"… la negociación, obtención, recaudo, administración, inversión, gestión de instrumentos de protección financiera y distribución de los recursos financieros necesarios para la implementación y continuidad de la política de gestión del riesgo de desastres que incluya los procesos de conocimiento y reducción del riesgo de desastres y de manejo de desastres. Estos objetivos se consideran de interés público".*

Tal y como ocurre en los demás casos de administración de patrimonios autónomos, la Ley 1523 de 2012 define que la fiduciaria *"administrará los bienes y derechos del fondo de manera independiente de los bienes de la Sociedad Fiduciaria y de los bienes y derechos que hagan parte de otros fideicomisos que administre"*.

4. Patrimonio autónomo y negocios fiduciarios.

Habida consideración de que el FNGRD se creó legalmente como un patrimonio autónomo, cuya gestión y representación corresponde a una entidad estatal de naturaleza fiduciaria, resulta necesario estudiar lo que el mundo de lo jurídico comprende sobre el particular.

Como punto de partida es necesario advertir que legislación, jurisprudencia y doctrina, nacional y extranjera, experimentan inconsistencias cuando intentan armonizar la figura y el régimen adecuado para que los particulares o las entidades estatales, con el objetivo de cumplir fines específicos, creen universalidades de bienes que no estén radicadas bajo el dominio o propiedad de una persona natural o jurídica.

Claramente el *nomen iuris* existe tanto para la institución, como para su mecanismo de regulación: patrimonio autónomo o de afectación, de una parte, de la otra, fiducia o fideicomiso. No obstante, al momento de la aplicación al caso concreto, se verifica en un sinnúmero de ocasiones que sus diferentes elementos no corresponden a la realidad del tráfico jurídico de manera uniforme, dado que en contra de la teoría general que pretende abarcar y explicar la figura por completo, aparecen patrimonios autónomos que se apartan de los postulados básicos en cuanto hace referencia a su creación y regulación.

El caso del FNGRD, patrimonio autónomo creado por la ley, administrado y representado por La Previsora en virtud de lo dispuesto legalmente, resulta paradigmático como excepción a las reglas generales de la institución jurídica.

4.1. Concepto de patrimonio.

El patrimonio constituye una de las nociones jurídicas de mayor importancia, cuya definición ha sido expuesta por la doctrina civilista tradicional en los siguientes términos:

*"…cada persona tiene necesariamente un patrimonio, como una unidad, un total, compuesto por todos los derechos susceptibles de estimación económica, pecuniaria, en oportunidades confundidos o identificados con las mismas cosas sobre las cuales recaen (activo) y de todas las obligaciones (deberes de prestación) que pesan sobre el sujeto titular"*[20].

El Código Civil se aproxima a la noción de patrimonio al establecer que *"toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sea presentes o futuros…"*, (artículo 2488), en atención a lo cual, *"los acreedores con las excepciones indicadas en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta la concurrencia de sus créditos…"*, (artículo 2492). Así, el patrimonio corresponde a la universalidad de derecho compuesta por elementos activos y pasivos, presentes y futuros, de valor pecuniario, radicados en una persona.

En concordancia con las definiciones referidas, la dogmática clásica, en una formulación que se atribuye a los autores franceses Aubry y Rau y que data del año 1873, ha expuesto que: *(i)* toda persona tiene patrimonio; *(ii)* solo la persona tiene patrimonio; *(iii)* una persona solo tiene un patrimonio y *(iv)* el patrimonio es inseparable de la persona[21].

En la actualidad, solo la primera de las cuatro afirmaciones mantiene vigencia sin lugar a discusión –toda persona tiene un patrimonio–, puesto que en relación con las demás se argumenta que la legislación no las respalda porque una persona puede tener más de un patrimonio[22] y este es susceptible de separarse de la persona[23].

Conforme con lo anterior, la existencia de patrimonios especiales que no están sujetos al régimen general de los bienes que integran el patrimonio y que en ocasiones, temporalmente, se presentan como acéfalos porque en ninguna persona concurren los elementos para hacerla su propietaria –disposición, uso y goce[24]–, es claramente el planteamiento que más interesa a la Sala para absolver esta consulta.

4.2. Patrimonio autónomo.

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado respecto de la superación de los postulados clásicos y de la aparición de los patrimonios autónomos, que:

*"… la práctica que forja el derecho y la presencia de distintos fenómenos jurídicos han desvirtuado la rígida concepción unitaria del patrimonio, puesto que se ha establecido la posibilidad real de que una misma persona tenga varios patrimonios a la vez, pero tan perfectamente delimitados que no se tocan y por cuya existencia, precisamente a causa de esa separación, correlativamente se pueden generar relaciones jurídicas también distintas que se desarrollan autónomamente.*

*Estos son llamados en la doctrina los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo 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 litigios[24]".*

En esa línea de pensamiento, la doctrina nacional ha explicado el origen de la figura del patrimonio autónomo y sus características principales, así como las diferentes denominaciones que se emplean para calificarla, en los siguientes términos:

*"Para la pandectística alemana del siglo XIX, el patrimonio ya no era un atributo de la personalidad sino un conjunto de bienes destinados a satisfacer las necesidades de su titular. En consecuencia, además de un patrimonio general existen patrimonios especiales constituidos por bienes afectados a un fin determinado. Y esos patrimonios especiales han recibido diferentes denominaciones: patrimonios autónomos (Rodríguez Azuero), patrimonios de destino, (Domínguez Martínez), patrimonios separados (Pigliatti), patrimonios de afectación (Lepaulle). Pese a las nomenclaturas y las distinciones doctrinales que se hacen de cada una de las categorías conceptuales mencionadas y que aquí se tratan indistintamente, lo cierto es que esos 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[25]".*

En el derecho privado, sin que se lo nombre de forma expresa, el patrimonio autónomo –o *"de destino"*, *"separado"*, *"de afectación"*– está

presente en el Código Civil, cuando se trata la *"propiedad fiduciaria"*, es decir, la limitación al dominio que se ejerce sobre una cosa *"... que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición"* (artículo 794). En efecto, la cosa entregada a título de fideicomiso o fiducia constituye un patrimonio diferente de aquel que tiene su titular respecto de los demás elementos que conforman su patrimonio general, lo cual se concluye de lo prescrito en el propio Código Civil, cuando ordena que no hacen parte del patrimonio de una persona para efectos de responder por sus deudas *"la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente"* (artículo 1677, numeral 8).

En cuanto concierne al derecho de familia, las leyes 70 de 1931 y 495 de 1999 autorizan *"la constitución a favor de toda familia de un patrimonio especial, con la calidad de inembargable y bajo la denominación de patrimonio de familia"* (artículo 1), el cual se constituirá sobre *"el dominio pleno de un inmueble que no se posea con otra persona proindiviso, ni esté gravado con hipoteca, censo o anticresis y cuyo valor en el momento de la constitución no sea mayor de 250 smlmv"* (artículo 3). En consecuencia, el patrimonio de familia no es susceptible de embargo –aun cuando el deudor consintiera en ello–, hipoteca, censo, anticresis, ni venta con pacto de retroventa (artículos 21 y 22). De manera similar está definida en el ordenamiento jurídico nacional la *"afectación a vivienda familiar"*, como la destinación de un bien a la finalidad específica de amparar a la familia de la acción de sus propios integrantes o de terceros (Ley 258 de 1996, Ley 854 de 2003).

En las hipótesis comentadas, el patrimonio autónomo o patrimonio de afectación no se presenta de manera acéfala, es decir, existe un titular de los bienes que conforman ese patrimonio, quien en virtud de las disposiciones legales no puede disponer y gozar de ellos en la misma forma en que lo haría con los demás bienes que integran su patrimonio en general.

4.3. Patrimonio autónomo en el derecho mercantil

La figura del patrimonio autónomo encuentra consagración expresa en el Código de Comercio, cuando se regula el contrato de fiducia mercantil. En términos generales, en virtud de la fiducia una persona, denominada fideicomitente, entrega a una sociedad fiduciaria uno o más bienes para que los administre y enajene a favor de un beneficiario, de acuerdo con la finalidad dispuesta por el fideicomitente (artículo 1226). Los bienes entregados al fiduciario se mantienen separados del resto de su activo y *"forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo"* (artículo 1233).

El patrimonio autónomo, tal y como está dispuesto en el derecho mercantil, resulta más sofisticado y preciso que los ejemplos referidos del derecho civil y del derecho de familia, a pesar de lo cual tampoco constituye una persona jurídica; es un centro de imputación de derechos y obligaciones, de carácter temporal diferente de la persona que le dio origen (fiduciante, fideicomitente o constituyente), de quien lo administra (fiduciario) y de la que habrá de recibirlo (fideicomisario o beneficiario).

En el marco del derecho mercantil se observa que el patrimonio autónomo es, en efecto, acéfalo, durante un período limitado de tiempo, puesto que el negocio fiduciario estará vigente mientras no se realicen plenamente los fines respectivos, no se cumpla el plazo o condición correspondientes o, en general, no se verifique la ocurrencia de alguna de las causas de extinción legales[26].

Durante ese lapso, los bienes entregados en fiducia: *(i)* no hacen parte del patrimonio del fiduciante, puesto que se ha desprendido de ellos, los ha transferido, de conformidad con lo dispuesto en el título contractual respectivo; *(ii)* tampoco integran el patrimonio del fiduciario, quien a pesar de obrar como su representante y vocero, no se hace titular del derecho de dominio, en tanto que los bienes fideicomitidos permanecen separados de su patrimonio y de los demás negocios que administra; *(iii)* menos aún se incorpora al patrimonio del beneficiario, dado que habrá de esperar a que se verifiquen los supuestos fácticos que obran en la convención o norma legal aplicable para que se enajenen los bienes a su favor.

En tal condición, incluso, *"los patrimonios autónomos"* alcanzan, de conformidad con el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, *"capacidad para ser parte en un proceso"* (artículo 53, inciso 2).

De acuerdo con lo expuesto, en aquellos casos sometidos al imperio del derecho mercantil se forma un patrimonio autónomo cuando se celebra un contrato de fiducia y se transfieren unos bienes para el cumplimiento de una finalidad específica, los cuales no quedan radicados bajo el dominio o propiedad de ninguna persona, mientras se cumple el plazo o la condición para la enajenación a favor del beneficiario.

4.4. Patrimonio autónomo en el derecho público.

El concepto de patrimonio autónomo se aprecia en diferentes normas del derecho público, a través de las cuales, bajo ciertas hipótesis, se rechaza su constitución, se indica quienes son sus propietarios o se lo crea con fines específicos, como en el caso del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres que la Sala ha venido analizando.

Así, la Ley 80 de 1993, luego de definir los encargos fiduciarios y la fiducia pública[27] indica que *"la fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial"* (artículo 25 de la Ley 1150 de 2007). Es decir, la celebración del contrato de encargo fiduciario o de fiducia pública no da lugar a la creación de un patrimonio autónomo, independiente ni ajeno al de la entidad que celebra el contrato, puesto que los bienes entregados a la fiduciaria para la finalidad específica continúan bajo la órbita de dominio o propiedad de la entidad.

La Corte Constitucional definió sobre el contrato de fiducia pública, el encargo fiduciario y la fiducia mercantil, 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"* [28]*.*

En tal sentido, se expresa la diferencia ostensible entre la fiducia pública y la mercantil en torno a la transferencia de dominio y a la constitución de un patrimonio autónomo, supuestos que no tienen lugar en la primera, pero sí en la segunda.

En otras ocasiones, las normas legales definen quién es el titular del patrimonio autónomo, de manera que resulta afecto a una finalidad especial de índole legal que lo hace ajeno a los demás activos del titular, pero nunca acéfalo. A modo de ilustración, en el sistema de seguridad social integral se prescribe que los *"fondos de pensiones conformados por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional… constituyen patrimonios autónomos, propiedad de los afiliados, independientes del patrimonio de la administradora"* (el artículo 50 de la Ley 1328 de 2009 modifica el artículo 97 de la Ley 100 de 1993).

Tal y como se puede apreciar, un patrimonio autónomo que tiene propietario no constituye bajo perspectiva alguna el desarrollo propio de la figura mercantil antes referida, puesto que si un patrimonio es autónomo en los términos descritos en el Código de Comercio, no es posible atribuir la propiedad a nadie. En cambio, si se entiende patrimonio autónomo como patrimonio de afectación, separado o especial, porque se rige por finalidades y regímenes que lo hacen diferente de los demás bienes que conforman el patrimonio general de la persona natural o jurídica, se podrá decir, en efecto, que incluso en la hipótesis apenas referida se estaría en presencia de un patrimonio autónomo.

En algunos eventos excepcionales, las normas legales permiten la constitución de patrimonios autónomos con recursos estatales mediante la utilización de la fiducia mercantil, evento en el cual se tipifica en el caso respectivo la teoría general de la figura porque hay transferencia efectiva de bienes.

Así, la Ley 1371 de 2009, con el propósito de proveer recursos para el pago del pasivo pensional de las universidades estatales del nivel nacional y territorial, ordenó la constitución de un fondo con esa *"destinación específica"*, el cual corresponde a *"una cuenta especial, sin personería jurídica, de la respectiva universidad, cuyos recursos serán administrados por una entidad fiduciaria vigilada por la Superintendencia Financiera, en forma independiente, mediante patrimonio autónomo*" (artículo 1). En este caso se forma el patrimonio autónomo, afectado exclusivamente al pago de las obligaciones prestacionales indicadas, con base en dos fuentes, a saber: la norma en comento, que ordena la regulación correspondiente, y los contratos de fiducia mercantil que se celebran para la constitución de los fondos[29].

De forma similar, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *"como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital"*. En relación con el instrumento jurídico a través del cual se gestionan los recursos, la norma precisó que se trata del *"contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente ley…"* (Artículo 3). Se observa que en este caso, al igual que en el anterior, los recursos del Estado se someten a la fiducia mercantil, con la consecuente constitución del patrimonio autónomo, y que concurren las fuentes legal y contractual para su creación.

5. El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres es propiedad de la Nación y sus contratos se someten al derecho privado.

El patrimonio autónomo que comprende el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres está compuesto por recursos cuyo titular es la entidad de derecho público denominada Nación[30]. Así lo establecen de manera inequívoca las siguientes normas:

(i) El artículo 3 del Decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989, indica que: *"los bienes y derechos de la Nación integrantes del Fondo Nacional de Calamidades constituyen un patrimonio autónomo destinado específicamente al cumplimiento de las finalidades señaladas por el presente decreto"* (subrayado fuera de texto).

(ii) El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, en el artículo 276 prescribe que: *"los bienes y derechos de la Nación integrantes del patrimonio autónomo estarán destinados específicamente al cumplimiento de las finalidades señaladas por la Ley que lo crea"* (subrayado fuera de texto).

(iii) La Ley 1523 de 2012, en el artículo 49, expresó que: *"los bienes y derechos de la Nación que hacen parte del Fondo Nacional constituyen un patrimonio autónomo con destinación específica al cumplimiento de los objetivos generales señalados en el artículo 47 de la presente ley"* (subrayado fuera de texto).

5.1. El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres es un patrimonio autónomo, especial, separado, de afectación, dentro del patrimonio de la Nación. No es un patrimonio autónomo acéfalo ni constituye un caso de fiducia mercantil.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala advierte que el patrimonio autónomo que constituye el FNGRD, en su condición de centro de imputación de derechos y obligaciones, constituido bajo la forma de un fondo especial o fondo cuenta, no se ha desligado de la titularidad jurídica de la Nación. La connotación especial de patrimonio autónomo del fondo tiene como únicos efectos, relevantes para absolver la consulta, que los recursos que lo integran tienen una destinación específica de creación y regulación legal, y que no se confunden o mezclan con los demás recursos de la Nación, con los recursos propios de la fiduciaria ni con los otros que están sometidos a su administración.

En tal sentido, desde la perspectiva de la teoría general, se ha establecido como una de las características actuales del patrimonio su divisibilidad, es decir, la posibilidad legal de separar bienes o derechos dentro del patrimonio de una persona natural o jurídica, en razón a que comprenden afectaciones concretas de creación contractual o legal. Así, la particularidad de que tales recursos se escindan de los demás del patrimonio de la Nación no tiene como efecto que esta entidad pierda su calidad de titular del derecho de dominio sobre tales bienes, derechos o recursos.

Al respecto es indispensable tener en consideración que la división del patrimonio general de la Nación y la posibilidad legal de constituir un patrimonio autónomo, especial, separado o de afectación, en este caso el FNGRD, implica que los bienes que lo integran sólo constituyen *"prenda general de los acreedores"* respecto de las obligaciones adquiridas con base en recursos del FNGRD, razón por la cual: *(i)* los bienes que integran el patrimonio autónomo del FNGRD no pueden ser perseguidos por los acreedores de la Nación por conceptos que resulten ajenos al fondo; *(ii)* los bienes que integran el patrimonio general de la Nación no pueden ser perseguidos por acreedores del FNGRD por las obligaciones contractuales que deriven de los contratos celebrados con los recursos del fondo.

El FNGRD no tiene personería jurídica, no es una entidad estatal, no es un organismo o dependencia del Estado y no tiene capacidad ni competencia de celebrar contratos, al punto que para proceder en tal sentido, de acuerdo con las normas imperativas sobre el particular, precisa de la representación de la sociedad fiduciaria, por mandato legal.

Ahora bien, La Previsora en las actividades de gestión del fondo se sujeta a las instrucciones del Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres[31], puesto que es él quien tiene a su cargo la ordenación del gasto del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo (Ley 1523 de 2012, artículo 48, parágrafo 1) y de las subcuentas que lo integran (Ley 1523 de 2012, artículo 51[32]). También este funcionario tiene a su cargo el ejercicio de las facultades exorbitantes de las entidades estatales, es decir, *"la expedición de los actos administrativos que se genere por virtud y/o consecuencia de la contratación que adelante la Fiduciaria, entre ellos la aplicación de los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993"* (parágrafo 1 del artículo 48 de la Ley 1523 de 2012).

En consecuencia, el fondo es un patrimonio autónomo que no está acéfalo, dado que pertenece a la Nación, la cual con el concurso de la unidad referida ordena su gasto. De ninguna forma se puede entender que la destinación de unos recursos de la Nación para un propósito especial, bajo la forma de un fondo sin personería jurídica, logre calificar a ese patrimonio autónomo de creación legal, como un ente con capacidad de contraer obligaciones y ser titular de derechos independiente de la Nación que proveyó los bienes que lo integran.

Aun cuando es cierto que algunos patrimonios autónomos constituyen en realidad un centro de imputación de derechos y obligaciones que no tienen un propietario definido durante un período especial, y que en tal virtud resultan ajenos al fideicomitente, al fiduciario y al beneficiario desde la perspectiva del derecho de dominio, también lo es que tales patrimonios autónomos tienen origen en nuestro derecho nacional en las normas propias de la fiducia mercantil, tal y como se explicó con anterioridad.

En el caso del FNGRD se verifica que:

*(i)* No existe un contrato de fiducia mercantil, fiducia pública o encargo fiduciario en virtud del cual La Previsora reciba los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo para la gestión fiduciaria correspondiente.

*(ii)* No existe elemento alguno de voluntariedad contractual en la creación del patrimonio autónomo, ni en la entrega de los recursos que lo integran a la fiduciaria para que realice la gestión respectiva.

*(iii)* La fuente de las obligaciones y derechos sobre el particular es única y exclusivamente de índole legal, razón por la cual se constituye un patrimonio autónomo diferente de los que se crean mediante la fiducia mercantil.

*(iv)* No hay un patrimonio autónomo acéfalo, sino un patrimonio autónomo, especial, separado o de afectación dentro del patrimonio propio de la Nación.

*(v)* La comisión que percibe La Previsora por su gestión fiduciaria no obedece a un acuerdo o convención, sino a lo que ordenan las normas legales en el sentido de que corresponde establecerla a la Superintendencia Financiera (artículo 3 del Decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989; artículo 48, parágrafo 2 de la Ley 1523 de 2012).

5.2. Régimen al cual se sujeta La Previsora en los contratos que celebra con terceros en su condición de representante del fondo.

En cuanto hace referencia al régimen de contratación, con excepción expresa de los contratos de empréstito interno y externo, se estableció que *"los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Calamidades se someterán únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y 13 de la Ley 1150 de 2007"* (artículo 25 del Decreto 919 de 1989, modificado por el Decreto 4702 de 2010).

Al respecto, el parágrafo 3 del artículo 50 de la Ley 1523 de 2012, ordenó:

*"Los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la administración de los bienes, derechos e intereses del fondo se someterán al régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, sin perjuicio del régimen de contratación previsto para las situaciones de desastres o de similar naturaleza y a evitar la extensión de los efectos".*

La Ley 489 de 1998 prescribe, en relación con las empresas industriales y comerciales del Estado, en el artículo 93:

*"los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales"*.

La Corte Constitucional[33] ha explicado que la tarea de definir si el régimen jurídico aplicable a las entidades que conforman la administración del Estado es el derecho público o el derecho privado suscita inquietudes de la mayor importancia, en relación con las cuales las respuestas *"han pasado por la necesidad de reconocer en el texto constitucional mismo garantías institucionales de derecho público o reservas de administración pública que llevarían a hacer forzosa en esos supuestos la aplicación de un régimen especial de derecho público -administrativo-, en un extremo, hasta la afirmación de la existencia de actividades que tienen que ser desarrolladas en régimen de derecho privado, en el otro extremo"*. En tal sentido afirma que:

*"… en la zona de certeza positiva aparecerían aquellos supuestos en los cuales no es posible acudir a la aplicación del régimen de derecho privado; los que en la doctrina se han identificado con la realización de actividades de política pública o de actividades ejecutivas de policía o de fomento, pues se considera que éstas hacen parte de la reserva de administración pública y han de ser desarrolladas con la forma prevista en su garantía constitucionalmente explícita. En la zona de certeza negativa aparecen aquellas actividades, generalmente de gestión económica o de producción de bienes (comerciales o industriales) que el Estado opta por desarrollar en competencia con agentes económicos particulares".*

En esas circunstancias, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha concluido que el régimen legal de los contratos que celebran las fiduciarias estatales con terceros, en su condición de representantes de los patrimonios autónomos que han sido confiados a su gestión, es el derecho privado, puesto que corresponde al desarrollo de su actividad comercial. En concreto, ha dicho la Sala:

*"… si la entidad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo tiene el carácter de empresa industrial y comercial del Estado sus actos y contratos se sujetarán a lo dispuesto por el artículo 93 de la ley 489 de 1998, esto es, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, que para el caso de la fiducia mercantil es el Código de Comercio, y en cuanto a los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales…"*[34].

En tal sentido, están sometidos al derecho privado los contratos de obra pública que celebre La Previsora en calidad de representante legal del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, habida consideración de que en estos casos actúa en ejercicio de su actividad propia comercial, sin perjuicio del cumplimiento de los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y, especialmente, del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es:

*"Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal".*

Cabe concluir entonces que La Previsora, en su condición de empresa industrial y comercial del Estado, tiene un régimen de derecho contractual especial o mixto, que no se puede enmarcar, de manera exclusiva, dentro de las normas de derecho privado, pues dada su naturaleza, la finalidad que persigue (interés general) y el manejo de recursos públicos, su actividad negocial se encuentra influenciada en los aspectos anotados por el derecho público (principios de la función administrativa, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, gestión fiscal)[35].

C. CONCLUSIÓN DE LA SALA. Los contratos de obra pública suscritos por La Previsora como representante del FNGRD causan la contribución a cargo del contratista, dado que la entidad contratante es la Nación.

En las normas correspondientes a la creación y regulación del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, se relacionan como características suyas la *"independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística"*, pero no así la independencia jurídica ni su personalidad autónoma, lo cual obedece a que el FNGRD es un fondo especial, es decir, un sistema separado de cuentas, herramienta o vehículo para el manejo de los bienes o recursos de la Nación, en procura del cumplimiento de finalidades específicas.

En ese orden de ideas, cuando quiera que la sociedad fiduciaria celebra un contrato en condición de representante del fondo, para los efectos de la consulta formulada a la Sala, la titular o propietaria de los recursos involucrados y, por ende, la parte en el contrato correspondiente es la Nación, la cual detenta la calidad de entidad estatal o entidad de derecho público; claramente, es la Nación quien se beneficia del cumplimiento del objeto del contrato de obra pública, en tanto que persigue una finalidad general en función de la comunidad, que la entidad estatal legítimamente representa.

En relación con el concepto de parte contractual, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

*Sobre esta particular cuestión, para la Corte, "parte, estricto sensu, es el titular del derecho, rectius, interés constitutivo del acto dispositivo, independientemente de su celebración por sí o por conducto de otra persona (G.B. Ferri, Parte del negozio, Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milano, Giuffré, 1981, pp. 901 ss.) y, a contrario sensu, tercero, por exclusión, es el sujeto extraño o ajeno al interés dispuesto en virtud del negocio jurídico" (cas.civ. sentencia de 1 de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01). Su noción, por consiguiente, atañe a los intereses y se predica del titular del interés dispositivo del negocio o contrato, ya ab origene desde su celebración, bien ulteriormente y durante su existencia por su adquisición, sea que lo celebre directa, material y personalmente, ora sirviéndose de mandatario representativo, representante o apoderado en las hipótesis de "legitimación excepcional", poder o aptitud de disposición de derechos e intereses ajenos ante los demás, permitiendo a un sujeto (representante) sustituir a otro (representado) en la celebración de un negocio o contrato en nombre y por cuenta del dominus o titular del interés, en cuya esfera jurídica se radican sus efectos, pues su "significado ordinario", señala Francisco MESSINEO, "es el de cada sujeto, que entra en el nexo contractual. Pero parte contractual es concepto distinto del sujeto contractual; es distinto en el sentido de que pueden no coincidir ambos sujetos. Parte contractual, en efecto es un "centro de intereses" que, por regla general, resulta integrado por una sola persona que persigue el interés determinado" (Doctrina General del Contrato. T.I. Traducción R.O. FONTANARROSA, S. SENTIS MELENDO y M. VOLTERRA. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952) o según Luís DIEZ-PICAZO, "[c]omo partes del contrato deben ser consideradas aquellas personas que han emitido las declaraciones de voluntad o realizado el comportamiento constitutivo del negocio y que son titulares de los intereses reglamentados por él. La noción de terceros resulta así establecida en forma negativa o por vía de exclusión. Terceros, respecto de un contrato dado, son todos aquellos que no han sido autores del mismo. Sin embargo, esta clara contraposición debe ser matizada respecto de algunos supuestos concretos. Ante todo, como parte del contrato debe ser considerada no solo la persona que ha realizado los actos de declaración de voluntad, sino también sus herederos y causahabientes. Además, en el contrato concluido por medio de representante, es parte el representado o dominus negottii" (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Editorial Tecnos, Madrid, 1979, pp. 262 y ss; en el mismo sentido, R. SCOGNAMIGLIO, Teoría general del contrato, trad.esp. Fernando Hinestrosa, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1961, p.31)"*[36]

La Nación es parte en el contrato de obra correspondiente, dado que *(i)* es titular del derecho de dominio o propiedad sobre el interés respecto del cual se está negociando, es decir, de los recursos del FNGRD; *(ii)* representa el interés general propio de los contratos de obra pública que con base en tales recursos se celebran y ejecutan para el beneficio de la comunidad; *(iii)* La Previsora actúa como representante de la Nación, en virtud de las disposiciones legales, las cuales constituyen la única fuente de las obligaciones y derechos respectivos; *(iv)* el fondo no es un patrimonio autónomo acéfalo porque no ha salido de la órbita de dominio de la Nación; *(v)* tan claro es lo anterior que no se celebró contrato de fiducia alguno para la gestión de los bienes del fondo por parte de La Previsora y que *(vi)* la ordenación del gasto del fondo y el ejercicio de los poderes exorbitantes en el contrato de obra respectivo, competen a un funcionario ajeno a La Fiduciaria.

La Ley 80 de 1993, define que *"son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de la ejecución y pago..."* (Artículo 32, numeral 1, inciso 1). El artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 dispuso que el artículo 37 de la Ley 782 de 2002, tendría el siguiente texto:

*"Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición".*

La Sala concluye que cuando La Previsora S.A., a nombre de la Nación, suscriba uno de estos contratos en condición de representante legal del patrimonio autónomo constituido por los recursos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, se causará la contribución. El patrimonio autónomo constituido por los recursos de la Nación no puede ser una ínsula de imposible ubicación dentro de las categorías de las entidades estatales o entidades de derecho público para efectos de determinar si se causa o no la contribución.

Así, para los efectos de la Ley 1106 de 2006, la Nación es la titular del patrimonio autónomo, o especial, o separado, o de afectación, que constituye el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, el cual en su condición de fondo especial o fondo cuenta no tiene personería jurídica independiente. Por lo anterior, será la Nación la entidad estatal o la entidad de derecho público que celebra el contrato de obra pública o la adición correspondiente, a través de La Previsora, la que en virtud de la ley es la representante legal del fondo.

La Sala llama la atención sobre la naturaleza compleja que el legislador dispuso para la denominación y manejo del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, puesto que utiliza conceptos propios de un campo del derecho diferente al público –patrimonio autónomo y fiducia o fideicomiso–, los cuales no encuentran un espacio claro para ser tipificados dentro de los márgenes legales dispuestos por las normas que crean y regulan el fondo.

No obstante, en atención las normas, jurisprudencia y doctrina referidos a lo largo del concepto, la Sala resume sus consideraciones y conclusiones sobre el particular en los siguientes términos:

(i) El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres no es una persona jurídica independiente de la Nación, dado que se trata solamente una *"cuenta especial de la Nación"*, es decir, un *"fondo especial"* o *"fondo cuenta"*, constituido bajo la forma de un patrimonio autónomo de creación legal.

(ii) El FNGRD es un patrimonio autónomo en tanto que constituye un patrimonio separado, especial o de afectación, con una finalidad específica, que lo escinde de los otros bienes y derechos que conforman el patrimonio general de la Nación y que, no obstante, sigue bajo la propiedad de la Nación,

(iii) Es decir, los recursos del FNGRD, en su condición de fideicomiso de creación legal no constituyen un patrimonio autónomo acéfalo, puesto que pertenecen a la persona jurídica denominada Nación, quien es la titular del derecho de dominio sobre tales bienes.

(iv) Los bienes que integran el FNGRD sólo constituyen "prenda general de los acreedores" respecto de las obligaciones adquiridas con base en recursos del FNGRD, razón por la cual los bienes que integran el patrimonio autónomo del FNGRD no pueden ser perseguidos por los acreedores de la Nación por conceptos que resulten ajenos al fondo; los bienes que integran el patrimonio general de la Nación no pueden ser perseguidos por acreedores del FNGRD por las obligaciones contractuales que deriven de los contratos celebrados con los recursos del fondo.

(v) El FNGRD no es una persona jurídica que tuviese representación legal, y por ende no tiene competencia o capacidad para obrar en el mundo jurídico por sí solo.

(vi) La representación del fondo, por mandato de la ley, corresponde a la sociedad fiduciaria La Previsora S.A., la cual suscribe los contratos para la ejecución de sus recursos.

(vii) La ley es la única fuente de obligaciones y derechos entre la Nación y La Previsora en torno a la gestión y representación del FNGRD.

(viii) No existe contrato de fiducia mercantil entre la Nación y La Previsora que haga posible la constitución de un patrimonio autónomo acéfalo, en los términos que comprende el Código de Comercio.

(ix) La ordenación del gasto del fondo está a cargo del Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, quien también ejerce las facultades exorbitantes o excepcionales de la administración en los contratos correspondientes.

(x) El régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra La Previsora en condición de representante del fondo es mixto o especial, dado que comprende el derecho privado, las normas legales expedidas para la creación y regulación del fondo, los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

(xi) La Nación es la entidad pública contratante en los contratos que suscribe La Previsora como representante del FNGRD, para los efectos comprendidos en esta consulta.

(xii) En consecuencia, en los contratos de obra pública suscritos por La Previsora como representante del FNGRD se causa la contribución a cargo de los contratistas.

3. LA SALA RESPONDE

*1. ¿En los contratos de obra pública del Fondo de Gestión del Riesgo de Desastres, celebrados conforme a lo previsto en los artículos 48 a 50 de la Ley 1523 de 2012, en los cuales actúa la Fiduprevisora S.A. como representante legal del Fondo y vocera del fideicomiso estatal allí previsto, ¿se causa la contribución del 5% establecida en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, y por tanto se ha debido realizar la retención de la contribución y trasladar el recaudo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público?*

Sí. El patrimonio autónomo –o *"de destino"*, *"separado"*, *"de afectación"*– que constituye el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres no se ha desligado de la titularidad jurídica de la Nación. La connotación especial de patrimonio autónomo del fondo tiene como únicos efectos que los recursos que lo integran comprenden una destinación específica de creación y regulación legal, y que no se confunden o mezclan con los demás recursos de la Nación, como tampoco con los otros que administra la sociedad fiduciaria, ni con los propios de esta entidad.

El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres es un patrimonio autónomo que no es, ni está, acéfalo, pues pertenece a la Nación. No tiene personería jurídica, no es una entidad estatal, no es un organismo o dependencia del Estado y no tiene capacidad ni competencia de celebrar contratos por sí mismo. Es un fondo especial o fondo cuenta, es decir, un sistema, herramienta o vehículo para el manejo de una masa especial de bienes o recursos de la Nación, en procura del cumplimiento de las finalidades establecidas legalmente.

Los contratos de obra pública que celebra La Previsora en condición de representante legal del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres cumplen una finalidad de interés público y asistencia social con base en los recursos públicos de la Nación que lo integran, de conformidad con las normas legales que lo crean y regulan. Para los efectos de la consulta formulada a la Sala, la titular o propietaria de los recursos involucrados es la Nación, la cual detenta la calidad de entidad estatal o entidad de derecho público.

Así, la contribución ordenada por el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 se causa cuando La Previsora suscribe contratos de obra pública, o adiciones a tales contratos, con los recursos del patrimonio autónomo que constituye el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, habida cuenta de que la Nación es la entidad estatal, o la entidad de derecho público, contratante, en su condición de propietaria del fondo.

*2. Si la conclusión llegare a ser que no se causa la contribución en tales contratos, ¿procedería la devolución de los valores recaudados?*

La Sala se abstiene de contestar esta pregunta. De acuerdo con la primera respuesta se causa la contribución.

Transcríbase al Señor Ministro del Interior. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

PRESIDENTE DE LA SALA

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

CONSEJERO DE ESTADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO DE ESTADO

LUCÍA MAZUERA ROMERO

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE PÁGINA:

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 28 de enero de 2000, Exp. Nº 25000-23-27-000-1998-0149-01-9723.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 28 de enero de 2000, Exp. Nº 25000-23-27-000-1998-0149-01-9723. Corte Constitucional, Sentencia C – 713 de 2008. Las tasas pueden entenderse como prestaciones pecuniarias o remuneraciones de los particulares por los servicios prestados por el Estado en desarrollo de su actividad, determinadas por las tarifas fijadas por las autoridades administrativas competentes, *"hacen parte del presupuesto, se someten a control fiscal, su cuantía es proporcional al costo del servicio y son administrados por el Estado."*

3 Corte Constitucional, sentencia C – 713 de 2008.

4 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 28 de enero de 2000. Exp. Nº 25000-23-27-000-1998-0149-01-9723.

5 M. Waline, *Traite Elementaire de Droit Administrative*, 6ª Ed., Recueil Sirey, 1952, p. 174.

6 F.G. Scoca et al. *Diritto Amministrativo, Parte Generale,* Monduzzi, 2005, p. 304-305 En el campo del derecho comparado, la doctrina italiana reconoce la diferencia entre las entidades del Estado que no cuentan con personería jurídica y los que sí: a los primeros los denomina sujetos y a

los segundos personas. Los sujetos son centros de acción de la administración, mientras que las personas son centros de acción y de responsabilidad, la cual se encuentra limitada al patrimonio de la persona correspondiente.

7 Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992 en norma.php?i=7148, consultado el 11 de febrero de 2015.

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2011, expediente n° 11544.

9 Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992 en norma.php?i=7148, consultado el 11 de febrero de 2015.

1[0] *"ARTÍCULO 121. Vigencia y derogatorias.- La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Decretos - leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976."*

1[1] *"ARTÍCULO 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas"*.

[12] Corte Constitucional, C–650–2003.

[13] Corte Constitucional, C–009–2002.

[14] Corte Constitucional, C–009–2002.

[15] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 8 de julio de 1998, rad. n.º 1106.

[16] Corte Constitucional, C–713–2008.

[17] Corte Constitucional, C–617–2012.

[18] Corte Constitucional, C-251 de 2011. La Corte indicó que la modificación de la estructura de la Administración nacional es competencia del Congreso, no obstante, en todos aquellos casos en los que el ejecutivo está *"dotado de las atribuciones legislativas contempladas en el artículo 215 para afrontar los efectos de una catástrofe e impedir la extensión de sus efectos"*, como en el presente, puede crear entidades del orden nacional.

[19] http://www.fiduprevisora.com.co/seccion/nosotros/nuestra-empresa/quienes-somos.html, consultado el 12 de marzo de 2015.

2[0] B. Windscheid, *Tratado de Derecho Civil Alemán*, trad. F. Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 1976.

2[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de agosto de 2005, exp. n.º 1909: *"La doctrina clásica considera el patrimonio como uno de los atributos de la personalidad que se halla (sic) constituido por la universalidad jurídica compuesta por todos los derechos y obligaciones de carácter pecuniario, ligada ella a una persona natural o jurídica, y predica respecto de él la característica de la unicidad expresada bajo la siguiente fórmula: sólo quienes son personas de alguna de las dos especies indicadas tienen patrimonio, cuanto que a su vez únicamente ellas pueden ser sujetos de derecho; toda persona tiene en abstracto un patrimonio, esto es, sea cual fuere el contenido material y económico, y así no lo haya, lo que dependerá de la dinámica productiva de su titular; y es único cuanto que una persona no puede tener más que un patrimonio, visto éste como el conjunto de elementos activos y pasivos que pertenecen a un mismo sujeto de derecho".*

[22] El heredero que recibe una herencia, en virtud del beneficio de competencia (artículo 1304 del Código Civil) o de separación (artículo 1435 del Código Civil), tiene dos patrimonios: el suyo propio y el del causante.

[23] La doctrina hace referencia a las donaciones a título universal, como prueba de la divisibilidad del patrimonio, pues el donante se desprende de todos sus bienes presentes y conserva en relación con los bienes futuros un patrimonio en abstracto (artículos 1466 y 1475 del Código Civil).

[24] Código Civil: *"Artículo 669.- El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno".*

[25] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de agosto de 2005, exp. nº 1909.

26 E. Rengifo, *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, 3 Ed, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 70–71.

[27] Código de Comercio. *"Artículo 1240. Causas de extinción del negocio fiduciario. Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes: 1) Por haberse realizado plenamente sus fines; 2) Por la imposibilidad absoluta de realizarlos; 3) Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley; 4) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido; 5) Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia; 6) Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción; 7) Por disolución de la entidad fiduciaria; 8) Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario; 9) Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo; 10) por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y 11) Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho".*

[28] *"ARTÍCULO 32… 5. Los 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. Lo anterior sin perjuicios de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y plazos precisamente determinados…" (Sic.)*

[29] Corte Constitucional C-086/95

[30] Corte Constitucional C-368-12: *"Si el objetivo de la legislación objeto de análisis es fijar reglas para la concurrencia de recursos del presupuesto nacional en el pago del pasivo pensional de las universidades públicas, resulta acertado que el contrato comercial escogido sea la fiducia mercantil, pues ella es la institución jurídica que permite que se conforme un patrimonio autónomo, afectado exclusivamente para dicho pago de las obligaciones prestacionales que estaban a cargo de las cajas y fondos de previsión de las mencionadas universidades. Esto se prueba, como se explicó anteriormente, en el hecho que la Ley 1371 de 2009 contenga varias previsiones que obligan a que los recursos del patrimonio autónomo se usen exclusivamente para los propósitos legales del Fondo. Además, no puede perderse de vista que el legislador, en los términos del artículo 48 C.P., tiene un margen amplio de configuración legislativa sobre la materia, el cual no es desconocido por la prescripción demandada".*

[31] Ley 1523 de 2012: *"Artículo 47. Parágrafo 1. El Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres podrá recibir, administrar e invertir*

*recursos de origen estatal y/o contribuciones y aportes efectuados a cualquier título por personas naturales o jurídicas, instituciones públicas y/o privadas del orden nacional e internacional. Tales recursos deberán invertirse en la adopción de medidas de conocimiento y reducción del riesgo de desastres, preparación, respuesta, rehabilitación y reconstrucción, a través de mecanismos de financiación dirigidos a las entidades involucradas en los procesos y a la población afectada por la ocurrencia de desastres. El Fondo podrá crear subcuentas para los diferentes procesos de la gestión del riesgo".*

[32] La Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres fue creada bajo la forma de unidad administrativa especial, "con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio, del nivel descentralizado, de la Rama Ejecutiva, del orden nacional, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República" (Decreto 4147 de 2011, artículo 1).

[33] *"1. Subcuenta de Conocimiento del Riesgo. Los recursos de esta subcuenta serán destinados a apoyar el financiamiento de proyectos de conocimiento del riesgo de desastres en áreas o sectores estratégicos y prioritarios para el país. 2. Subcuenta de Reducción del Riesgo. Los recursos de esta subcuenta serán destinados a apoyar el financiamiento de proyectos de prevención y mitigación del riesgo a nivel nacional y territorial, prioritarios para el país. 3. Subcuenta de Manejo de Desastres. Los recursos de esta subcuenta serán destinados a apoyar el financiamiento de la preparación para la respuesta a emergencias y de preparación para la recuperación a nivel nacional y territorial, así como para brindar apoyo económico en la ejecución de la respuesta a emergencias cubriendo las siguientes fases: a) El período de inminencia de desastre y b) el período de la emergencia que incluye la atención de los afectados y la ejecución de los diferentes servicios básicos de respuesta. 4. Subcuenta de Recuperación. Los recursos de esta subcuenta serán destinados a apoyar el financiamiento de la rehabilitación y reconstrucción post desastre de las condiciones socioeconómicas, ambientales y físicas bajo criterios de seguridad y desarrollo sostenible. 5. Subcuenta para la Protección Financiera. Los recursos de esta subcuenta serán destinados a apoyar el financiamiento de la protección financiera. A través de esta subcuenta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público gestionará, adquirirá o celebrará los instrumentos o contratos con entidades nacionales o extranjeras que permitan la protección financiera frente al riesgo de desastres. Parágrafo. La Junta Directiva del Fondo Nacional podrá realizar los traslados de recursos entre subcuentas de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno nacional para esos efectos, con excepción de la subcuenta para la protección financiera.*

[34] C-629 de 2003.

[35] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 23 de mayo de 2002, exp. n.º 1423.

[36] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sección Tercera, Subsección B, auto del 15 de diciembre de 2011, exp. n.º 41.339.

[37] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de julio de 2009, exp. n.º 11001-3103-039-2000-00310-01.

---

*Fecha y hora de creación: 2025-04-28 08:34:36*