80112-EE35138

Bogotá, D.C., Mayo 20 de 2010.

Doctora

MYRIAM SOCORRO MONTOYA PARRA

Gerente Departamental

Gerencia Departamental Tolima

Calle 14 No 3 A – 34

Ibagué – Tolima

ASUNTO. Fiducia Pública – Naturaleza de los recursos manejados a través de dicha figura.

Respetada Doctora:

1. Antecedente.

Conoce este Despacho de la solicitud radicada bajo el número 2010ER22452 del 6 de abril de los corrientes, en la cual dos profesionales adscritos a la Gerencia Departamental del Tolima, Heliodoro Romero y William Parra, solicitan el concepto de esta Oficina respecto al posible daño patrimonial existente en la falta de inversión de recursos provenientes del Programa para la reincorporación del Ministerio del Interior y de Justicia por parte de la Asociación Asdeagro con sede en la ciudad de Líbano (Tolima).

La anterior solicitud la hace atendiendo a que a la Asociación Asdeagro le fueron girados \$120.000.000 por intermedio del contrato de fiducia publica en virtud de el Programa de Reincorporación del Ministerio del Interior y de Justicia, sin embargo dichos recursos no fueron invertidos en su totalidad, situación que se puso en conocimiento de la Gerencia Departamental del Tolima de la Contraloría General de la Republica.

2. Consideraciones Jurídicas

Sea lo primero indicar que la solicitud elevada por los funcionarios mencionados se hizo con abierto desconocimiento de lo establecido en el parágrafo del artículo

Dra. Miriam Socorro Montoya Parra

39 de la Resolución Orgánica 5589 de 2004, el cual establece que *Toda consulta formulada por los funcionarios de la Contraloría General de la República a la Oficina Jurídica, se hará a través del Contralor General, Vicecontralor, Secretario Privado, Contralores Delegados, Contralorías Delegadas Generales, Gerencias Nacionales, Directores de Oficina y Gerentes Departamentales.*

En razón de lo anterior, le solicito se sirva instruir a los funcionarios a su cargo en el sentido de seguir el conducto regular normativamente establecido en aquellos eventos en que se requiera hacer uso del servicio de asesoría jurídica que brinda la Oficina Jurídica.

Hecha la anterior precisión, se observa que la consulta se contrae a indagar si efectivamente existe fiscalmente algún daño patrimonial en la situación planteada. Sobre el particular hemos de empezar por decir que no corresponde a esta Oficina determinar si en el caso consultado se concretó o no un daño patrimonial al Estado, pues tal actividad es precisamente del resorte de los funcionarios encargados de la determinación y consolidación del hallazgo fiscal, quienes tienen la intermediación de la prueba y conocen específicamente del asunto, sin que bajo ninguna circunstancia un concepto pueda reemplazar dicha atribución. Es de vital importancia tener en cuenta que una condena o absolución en materia disciplinaria no necesariamente irradia el mismo efecto en materia fiscal.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que ante la duda respecto de la competencia de la CGR en razón a la naturaleza de los recursos, lo procedente es la iniciación de una indagación preliminar, la cual, como es por Usted sabido, tiene por objeto el verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.

Al margen de lo anterior, procuraremos dar un lineamiento general sobre el tema consultado.

De acuerdo a la información aportada y al relato de los hechos que se hace en la solicitud, el Ministerio del Interior y de Justicia, persona jurídica de derecho público, celebró un contrato de fiducia pública para el manejo de los recursos del Programa de Reincorporación de desmovilizados, a través de la cual se giraron recursos por \$200.000.000 a la Asociación Asdeagro, es decir que esta última asociación de derecho privado fue beneficiaria de unos recursos públicos.

Dra. Miriam Socorro Montoya Parra

Para comenzar estimamos pertinente realizar algunas precisiones sobre la fiducia pública comenzando por decir que es ésta un negocio fiduciario introducido a partir de la Ley 80 de 1993, el cual, por regla general, no implica transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituye tampoco un patrimonio autónomo, distinto del propio de la entidad estatal (art 32-5º inc. 8º). De manera excepcional, la misma ley 80 prevé en el artículo 41 parágrafo 2º inciso 2º la constitución de patrimonios autónomos, con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales. Este tipo de fiducia es diferente de la tradicional fiducia consagrada en el Código de Comercio, la cual se caracteriza por implicar una transferencia de propiedad, caso que no se da en el caso de la fiducia pública, la cual tiene un tinte más cercano al encargo fiduciario, por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo, sin que se pueda confundir con el mismo.

Encuentra este despacho que cuando el Estado transfiere para su administración unos recursos públicos para su administración es diferente al dominio, el titular del derecho de dominio sobre los recursos sigue siendo el Estado, sin que por el hecho de realizar un contrato de fiducia, que es esencialmente instrumental, pierda tal calidad. El artículo 1244 del Código de Comercio es ilustrativo para esclarecer este punto:

“Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario el dominio de los bienes fideicomitidos.”

El Consejo de Estado, en concepto 1074 de 1998 precisó que la norma contenida en el inciso 8º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, según la cual "A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley", significa que a la fiducia pública se le aplican las normas de la fiducia mercantil contempladas en el mencionado Código, con las siguientes cuatro salvedades: a) en la fiducia pública no hay transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitidos; b) no se constituye un patrimonio autónomo; c) la adjudicación de los contratos derivados de ella corresponde a la entidad estatal fideicomitente, y c) la comisión de la sociedad fiduciaria no se puede cancelar con los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos estén presupuestados. Lo anterior no se aplica

Dra. Miriam Socorro Montoya Parra

respecto de los casos en que dicha ley autoriza patrimonios autónomos, como tampoco para el caso de la fiducia mercantil previsto en ley posterior

Así las cosas, se concluye que en lo atinente al contrato de fiducia pública, el mismo no apareja transferencia de dominio sobre los bienes o recursos públicos. Y en seguimiento de los precisos lineamientos establecidos por la Corte Constitucional, que donde quiera que haya recursos públicos debe estar siempre presente la vigilancia y el control fiscal.

Frente al argumento dado por la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio del Interior y de Justicia en el sentido de indicar que la asociación a los cuales se transfirieron los recursos es de carácter privado, por lo que los recursos adquieren tal connotación, debe tenerse en cuenta que se trata de un argumento vertido al interior de una actuación disciplinaria que es sustancialmente diferente al trámite y devenir del proceso de responsabilidad fiscal y eventualmente de la indagación preliminar. Si bien no nos corresponde calificar la corrección de dichos argumentos, reafirmamos nuestra posición en el sentido que los recursos públicos manejados en virtud de la fiducia pública no pierden su carácter de tales, con independencia de la naturaleza jurídica de la fiduciaria.

Por último, le informamos que Usted puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a éste y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace normatividad - conceptos de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

Proyectó: María Carolina Guerrero Solano – Contratista Oficina Jurídica
Revisó: Juan Carlos Luna Rosero, Coordinador de Gestión.
Rad: 2010ER22452