



Bogotá D.C.

Doctor
Néstor Leonardo Rico Rico
Presidente
Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes
Congreso de la República
CRA 7 N 8-68 Edificio nuevo del Congreso Piso 5.
comision.tercera@camara.gov.co
Ciudad

Ref. Observaciones Proyecto de Ley n° 055 de 2020 Cámara, «Por medio de cual se crea un fondo para erradicar pobreza extrema y multidimensional en Córdoba».

Honorable Representante:

El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social a continuación expone las observaciones realizadas al Proyecto de Ley n° 055 de 2020 Cámara, «Por medio de cual se crea un fondo para erradicar pobreza extrema y multidimensional en Córdoba».

1. Propuesta normativa

La iniciativa legislativa tiene por objeto «crear el Fondo de erradicación de pobreza extrema y multidimensional del departamento de Córdoba, para garantizar de forma ágil la aplicación de los recursos de la inversión pública y privada en materia de infraestructura de agua potable y sanitaria, de transporte, cultural y ambiente».

El artículo 2 de la propuesta legislativa crea el Fondo de erradicación de pobreza extrema y multidimensional del departamento de Córdoba «como un patrimonio autónomo de carácter fiduciario, sin estructura administrativa y sin planta de personal, administrado por la sociedad fiduciaria que sea contratada de conformidad con las normas que rijan sobre la materia». Conforme el artículo 3°, el Fondo tendrá un régimen de contratación y administración de derecho privado, «con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de que trata el artículo 209 de la Constitución Política». Su duración es hasta el día 31 de diciembre de 2030, según el artículo 4°, dejando la posibilidad de ser prorrogado por parte de la Junta Directiva antes del cumplimiento del plazo señalado, para la «terminación de la ejecución de los programas o proyectos que se encuentren en curso o liquidarlo en cualquier tiempo, siempre y cuando se observen las condiciones fiscales, económicas, sociales y financieras requeridas para el efecto». El parágrafo del artículo 4° le da la facultad a la Junta Directiva, de ser Junta Liquidadora del Fondo en su momento, y a la Contraloría

Departamental y Municipal la competencia de evaluar los trabajos de liquidación. Además, establece que los remanentes resultantes sean reintegrados a los aportantes proporcionalmente con su participación.

El artículo 5° señala que las fuentes de donde provendrán los recursos del Fondo serán: «a) [Los que] la Gobernación de Córdoba disponga en su Plan de Desarrollo y los que provengan de recursos propios u operaciones de crédito público (...); b) [Los de] la cooperación internacional no reembolsables (...); c) Los recursos del Presupuesto General de la Nación que sean apropiados para tal fin (financiación de programas o proyectos dentro del objeto del Fondo) de acuerdo a las disponibilidades presupuestales y con el Plan Nacional de Desarrollo; d) Los recursos que obtenga (...). En el párrafo dispone que «las entidades del orden nacional, territorial o particulares podrán aportar recursos a través de esquemas de cofinanciación para el desarrollo de los proyectos que sean identificados, estructurados y gestionados por el fondo a que se refiere la presente Ley.»

Como órgano de dirección y administración del fondo, se propone en el artículo 6°, una junta directiva integrada por: « a) Dos (2) delegados del presidente de la República; b) Dos (2) delegados de la Gobernación del Departamento de Córdoba. c) Dos (2) delegados de las alcaldías del departamento. d) Tres (3) representantes de la sociedad civil designados para periodos de tres (3) años sin derecho a reelección. f) Dos (2) representantes, si los hubiere, de los aportantes al Fondo». Ese mismo artículo establece que la junta se reunirá como mínimo cuatro (4) veces cada año, y sus funciones.

Finalmente, la propuesta establece que la vigilancia y control de los dineros que se aportan y provengan de las arcas del Estado estará a cargo de la Contraloría General de la Nación (artículo 7° del Proyecto de Ley).

2. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del Fondo.

De conformidad con el artículo 2° de la iniciativa legislativa, el Fondo de erradicación de pobreza extrema y multidimensional de que trata el proyecto, será un «patrimonio autónomo de carácter fiduciario, sin estructura administrativa y sin planta de personal, administrado por la sociedad fiduciaria que sea contratada de conformidad con las normas que rijan sobre la materia». Por lo que es importante hacer un breve análisis sobre el marco normativo concerniente a su naturaleza jurídica, aterrizando en las nociones de “fiducia mercantil”, “patrimonio autónomo” y “fondo cuenta”.

Frente al concepto de fiducia mercantil, el artículo 1226 del Código de Comercio trae su definición, indicando lo siguiente:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

De acuerdo con lo anterior, la fiducia supone la transferencia de uno o más bienes por parte del constituyente a la sociedad fiduciaria, para que con ellos se cumpla una finalidad. Ese conjunto de bienes transferidos conforman el patrimonio autónomo, el cual sale real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo.¹

El patrimonio autónomo está conformado por los bienes entregados en el contrato de fiducia, y no pueden confundirse con los bienes del fiduciario, por lo que deben estar separados de los que integran sus activos, son excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y fideicomitente, y garantizan las obligaciones que contraiga el patrimonio autónomo en el logro de la finalidad de la fiducia. Esto corresponde a la figura de patrimonio autónomo mercantil, que resulta de la celebración del contrato de fiducia, los cuales son de carácter temporal, no constituyen una persona jurídica, pero si son centro de imputación de derechos y obligaciones, diferentes 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). Al respecto se cita lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

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.

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 fideicomitados 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.

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.²

Así mismo, el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010³, respecto a los derechos y deberes del fiduciario frente a los patrimonios autónomos conformados en virtud del contrato de fiducia mercantil, dispuso lo siguiente:

Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y

¹ Artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio.

² Sala de Consulta y Servicio Civil, 13 de mayo de 2015. Rad. No. 11001-03-06-000-2014-00172-00- Número Interno 2222.

³ Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.



obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4° del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

PARÁGRAFO. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.

Aunado a lo anterior, se debe tener presente la diferencia que existe entre fiducia mercantil y encargo fiduciario o fiducia pública consagrada en el numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1992,⁴ al respecto la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

[E]n la fiducia mercantil se presenta una verdadera transferencia de dominio sobre los bienes fideicomitados. Al respecto, conviene agregar que, para algunos, el negocio fiduciario en el que no se efectúa necesariamente la transferencia del dominio sino la mera entrega de bienes, no se constituye un patrimonio autónomo, corresponde a un encargo fiduciario; mientras que en aquellos casos en que se transfiera la propiedad y se constituya un patrimonio autónomo, se estaría ante una verdadera fiducia mercantil.⁵

Es pertinente destacar que el contrato de fiducia mercantil difiere del de fiducia pública. La figura de la fiducia pública, que es diferente de la sociedad fiduciaria pública, se encuentra contemplada en el numeral 5° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual señala, entre otras cosas que: “[l]os encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren”. En relación con ello, esta Corporación a través de la sentencia C-086 de 1995 estimó que aunque el Estatuto General de la Contratación Pública creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", se puede entender que éste "(...) no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley".⁶

En lo que tiene que ver con la figura de los fondos del Estado, es preciso resaltar la definición que trae el artículo 27 de la Ley 225 de 1995⁷ sobre “fondos especiales”, (norma

⁴ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. C-086/95.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-438/17.

⁷ Por la cual se modifica la Ley Orgánica de Presupuesto.

compilada por disposición de ella misma, en el artículo 30 del Decreto 111 de 1996⁸-Estatuto Orgánico del Presupuesto): «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». Los fondos especiales hacen parte de las rentas del Presupuesto General de la Nación, junto con los ingresos corrientes de la Nación, las contribuciones parafiscales cuando son administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.⁹ Corresponden, en palabras de la Corte Constitucional, a una «clasificación de rentas nacionales *sui generis*, en tanto se diferencian de los ingresos tributarios y no tributarios, que prevé el legislador orgánico con el ánimo de otorgar soporte jurídico a determinadas modalidades de concentración de recursos públicos»¹⁰.

De estos fondos especiales, hacen parte los llamados “fondos cuenta”, que de acuerdo con el citado artículo 30 del EOP «son los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el Legislador, es decir, son un sistema de manejo de recursos sin personería jurídica».¹¹ Además de los “fondos especiales” de los que hacen parte los “fondos cuenta”, también existen los “fondos entidad”, que se denominan así porque tienen personería jurídica y se asemejan a las entidades de naturaleza pública, por lo que la Corte Constitucional ha considerado que su creación corresponde a la de una nueva entidad, configurándose así una modificación a la estructura de la administración pública.¹²

Habiendo precisado los conceptos de “fiducia mercantil”, “patrimonio autónomo” y “fondo cuenta”, se integrarán las tres nociones con el fin de analizar la viabilidad constitucional y legal de la naturaleza jurídica que otorga la iniciativa legislativa de creación del Fondo de erradicación de pobreza extrema y multidimensional del departamento de Córdoba. El proyecto de ley objeto de revisión, busca la creación de un fondo, pero no menciona literalmente si el mismo carecerá o no de personería jurídica, lo cual haría la diferencia entre ser un fondo entidad (con personería jurídica) o un fondo cuenta (sin personería jurídica). No obstante, esta omisión se puede subsanar durante el trámite legislativo. Teniendo en cuenta la descripción que realiza el artículo 2° del proyecto de ley (ausencia de estructura administrativa y de planta de personal, y administrado por la sociedad fiduciaria que sea contratada), y lo anteriormente expuesto, se podría inferir que se trata de la creación de un fondo cuenta, ya que se configura como patrimonio autónomo, administrado por una sociedad fiduciaria contratada de conformidad con las normas que rijan sobre la materia, lo que se entiende como la celebración de un contrato de fiducia mercantil.

Respecto a la organización de los fondos cuenta, la Corte Constitucional ha dado viabilidad a que la misma se haga en forma de patrimonio autónomo, independiente al patrimonio de la entidad pública de la que hagan parte. Al respecto ha expresado en la sentencia C-438 de 2017 lo siguiente:

⁸ 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-EOP.

⁹ Artículo 11 del EOP.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-617 de 2012

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-438/17.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-650/03.



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social

Ahora bien, aunque los fondos-cuenta se encuentran vinculados¹³ a una autoridad de la administración pública, pueden organizarse como patrimonios autónomos y su estructura hace parte del amplio margen de configuración del Legislador. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que los patrimonios autónomos tienen "(...) vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inocultable utilidad socio-económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigio".

La celebración de un contrato de fiducia mercantil para llevar a cabo el objeto de los patrimonios autónomos, ha sido considerada plausible por la Corte Constitucional:

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

(...)

La facultad de constituir fiducias mercantiles ha sido abordada ampliamente por la jurisprudencia en el contexto del análisis de constitucionalidad de la configuración de fondos. (...) En la sentencia C-368 de 2012 se dijo que este tipo de negocio jurídico era apropiado para garantizar que los recursos se gasten de la forma para lo que fueron destinados en la ley. En esa ocasión, la Corte dijo que "resulta[aba] acertado que el contrato comercial escogido [fuera] 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". Luego, la determinación de esa facultad tiene un fin legítimo que es asegurar la destinación de los recursos de forma específica mediante un mecanismo que asegure esos resultados.¹⁴

Así las cosas, se puede concluir la viabilidad de crear un fondo cuenta con los fines establecidos en la iniciativa legislativa: «garantizar de forma ágil la aplicación de los recursos de la inversión pública y privada en materia de infraestructura de agua potable y sanitaria, de transporte, cultural y ambiental», en forma de patrimonio autónomo de carácter fiduciario, sin estructura administrativa y sin planta de personal, administrado por la sociedad fiduciaria que sea contratada de conformidad con las normas que rijan sobre la materia. Al respecto, existen varios ejemplos de fondos cuenta, creados a través de una ley, con el fin de tener como punto de referencia los aspectos que tuvo en cuenta el Legislador al momento de configurarlos:

- Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación: D.L. 2331 de 1998, art. 1°. «Créase el Fondo (...) como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyos recursos serán administrados mediante encargo fiduciario por sociedades fiduciarias legalmente establecidas en el país». ¹⁵

¹³ Vale la pena aclarar, que el término "vinculados" usado por la Corte, corresponde al sentido general de la palabra, que significa "hacer parte", y no a la figura de descentralización "entidad vinculada".

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-438 de 2017.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-136 de 1999.

- Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública: Ley 1698 de 2013, art. 4°. «Créase el Fondo (...) como una cuenta especial de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, que hará parte del Ministerio de Defensa Nacional - Unidad de Gestión General, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, el cual funcionará bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional». ¹⁶
- Fondo para el Pago del Pasivo Pensional: Ley 1371 de 2009, art. 2°. «Las universidades objeto de la aplicación de la presente ley deberán constituir un fondo para el pago del pasivo pensional, el cual será una cuenta especial, sin personería jurídica, de la respectiva universidad, cuyos recursos serán administrados por una entidad fiduciaria vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, en forma independiente, mediante patrimonio autónomo. Los recursos y los rendimientos tendrán destinación específica para pagar el pasivo pensional, así como los gastos de administración del patrimonio autónomo». ¹⁷
- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Ley 91 de 1989, art. 3. «(...) 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».

De los anteriores ejemplos, se rescatan dos aspectos que están ausentes en el proyecto de ley objeto de estudio, y que se mencionan con el fin de sugerir su inclusión en el texto de la propuesta legislativa. El primer punto ya señalado con anterioridad pero que es importante resaltar, tiene que ver con la ausencia de la expresión “sin personería jurídica” en la descripción de la naturaleza jurídica del Fondo, lo que se debe subsanar si lo que se pretende es la creación de un fondo cuenta.

El segundo aspecto tiene que ver con que el proyecto de ley se abstiene de indicar la entidad pública a la cual estará adscrito. Además es importante, que el proyecto de ley incluya o mencione, la entidad pública que fungirá como fideicomitente, esto en vista de que el artículo 2° de la propuesta concierne a la suscripción de un contrato de fiducia, pero no es posible deducir cuál es la entidad pública obligada a suscribirlo, en calidad de fiduciante o fideicomitente. Esta misma observación la realizó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el concepto emitido en su momento, sobre el cual trata el siguiente punto.

Conforme a todo lo expuesto, se recomienda la aclaración sobre la existencia o no de personería jurídica en el Fondo que se busca crear con la propuesta normativa, a efecto de tener claridad sobre el tipo de fondo de que se trata. Así mismo, se sugiere que se indique la entidad pública a la que estará adscrito, y la que fungirá como fideicomitente, teniendo en cuenta el objeto, competencias y funciones de la entidad que se designe, con el fin de no incurrir en una modificación o creación de nuevas funciones. Es muy importante que se atiendan estas dos sugerencias, toda vez que, por una parte, la

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-044 de 2015.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-368/12

expresión “sin personería jurídica” que hace falta, alejaría toda duda sobre la clase de fondo que se busca crear, descartando de plano la figura del fondo entidad que implica la modificación a la estructura de la administración nacional, asunto que requiere de la iniciativa gubernamental o su aval, al igual que ocurriría en el evento en que no se respeten las funciones y competencia de la entidad pública que se establezca como fideicomitente. En ambos casos se estaría frente a un vicio de forma por incumplimiento al mandato constitucional del artículo 154 Superior, en tanto se trataría de una modificación de la estructura de la administración nacional en los términos que la misma Corte Constitucional ha expresado:

7.1. Las normas legales que determinan las funciones de los ministerios, si bien no están expresamente señaladas dentro de las materias descritas por el artículo 150-7 C.P., en todo caso inciden en la estructura de la administración nacional. Con todo, ésta sola razón no es suficiente para concluir que el precepto está sujeto a la reserva de iniciativa gubernamental, puesto que la jurisprudencia constitucional contempla otros factores a considerar previos a inferir que se está ante una modificación de la estructura de la administración nacional. Estos factores versan, en los términos explicados en la sentencia C-889/06, acerca de (i) la voluntad expresa del legislador, (ii) la naturaleza jurídica asignada, (iii) la autonomía de que goce, (iv) el que reciba recursos públicos o privados; (v) el que se le asignen funciones públicas, así como la trascendencia de dichas funciones sobre la misión básica de la entidad; y (vi) la participación de autoridades nacionales en los órganos de dirección.

Según lo expresa el fallo mencionado, es a partir de la aplicación de estos criterios que la Corte ha declarado que se desconoce la reserva de iniciativa gubernamental en los casos que el Congreso, sin contar con el apoyo del Ejecutivo “(i) ha creado entidades del orden nacional, (ii) ha modificado la naturaleza de una entidad previamente creada; (iii) ha atribuido a un ministerio nuevas funciones públicas ajenas al ámbito normal de sus funciones; (iv) ha trasladado una entidad del sector central al descentralizado o viceversa; (v) ha dotado de autonomía a una entidad vinculada o adscrita a algún ministerio o ha modificado su adscripción o vinculación; o (vi) ha ordenado la desaparición de una entidad de la administración central. Para la Corte, tales disposiciones modifican la estructura de la administración central y su constitucionalidad depende de que haya habido la iniciativa o el aval gubernamental.”

7.2. Ahora bien, cuando se trata de normas que asignan competencias a los ministerios [por analogía se entiende también a los Departamentos Administrativos], los factores dirimientes para determinar si debió contarse con el aval gubernamental tienen que ver con la preexistencia de la entidad creada como parte de la administración, o la relación intrínseca entre la función asignada por el legislador y los “objetivos misionales” de la entidad.¹⁸

Sobre los otros aspectos que consagra el proyecto de ley con respecto al funcionamiento del Fondo, como son: el régimen de contratación, la estipulación del tiempo de duración, los recursos que lo conforman, su órgano de dirección, y la vigilancia y control a cargo de la Contraloría General de la República (el proyecto dice Nación lo que se recomienda corregir); no se tienen observaciones o sugerencias de fondo.

3. Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El 10 de septiembre de 2020, mediante oficio No. 2-2020-045257, suscrito por el Doctor Juan Alberto Londoño Martínez, Viceministro General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se emitieron varios comentarios y consideraciones al texto inicial del

¹⁸ Corte Constitucional- Sentencia C-617/12

Proyecto de Ley publicado en la Gaceta del Congreso n° 647 de 2020, que fueron acogidas en su gran mayoría, excepto la observación relacionada con «determinar quién adelantará la contratación del Fondo».

Por otro lado, teniendo en cuenta la finalidad de la iniciativa legislativa, esta debe responder al principio de sostenibilidad fiscal previsto en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia¹⁹, por lo tanto, corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público determinar el impacto fiscal que generaría el proyecto de ley. En este mismo sentido, el artículo 7 de la Ley 819 de 2005, estableció la obligación de enunciar los costos fiscales de los proyectos de ley que se intenten aprobar, al respecto la norma citada enuncia lo siguiente:

(...) En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso. Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberán contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces (...).

El concepto remitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no mencionó nada respecto al impacto fiscal del proyecto de Ley, por lo cual, con el fin de no incurrir en incumplimiento del mandato constitucional y legal en cabeza del legislador de determinar de forma precisa el impacto fiscal que generaría la propuesta normativa, se requiere este concepto técnico de la mencionada cartera.

¹⁹ «La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. PARÁGRAFO. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.»



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social

Conclusión

Por todo lo anterior, en aras de continuar con su trámite, respetuosamente se recomienda que el Proyecto de Ley N.º 055 de 2020 Cámara, «Por medio de cual se crea un fondo para erradicar pobreza extrema y multidimensional en Córdoba», sea ajustado conforme a las observaciones realizadas, con el fin de corroborar que se trata de un fondo cuenta y no un fondo entidad, expresando si tendrá o no personería jurídica, y que se indique la entidad pública fideicomitente, para lo cual se deberá tener en cuenta las funciones y competencias de la entidad designada. Además, resulta importante que la iniciativa legislativa cuente con el aval o la coadyuvancia del Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Todo esto con el fin de evitar un vicio de forma constitucional al desconocer de manera directa el artículo 154 de la Constitución Política, así como tener en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal y las observaciones desarrolladas en el presente escrito.