

5.0.0.1. Grupo de Asuntos Jurídicos

Doctora
DIANA PATRICIA BERNAL PINZÓN
Secretaria General
FONDO ADAPTACIÓN
Carrera 7 No 71 – 52 Torre B piso 8
Bogotá D.C.



Radicado: 2-2020-000750

Bogotá D.C., 10 de enero de 2020 15:19

Asunto: Recursos descontados al contratista de obra para cubrir mayor permanencia de interventoría. Radicado: 1-2019-105100. Expediente No. 22246/2019/RCO.

Respetada doctora Bernal:

De manera atenta me refiero a su comunicación “E-2019-010494”, en la cual plantea los siguientes interrogantes:

- a. *¿Los recursos descontados al contratista de obra pueden ser utilizados directamente por el Fondo Adaptación?*
- b. *¿Desde el punto de vista presupuestal se tipifica como ingreso para el Fondo Adaptación estos recursos descontados al contratista de obra para cubrir la mayor permanencia de la interventoría?*
- c. *¿Si corresponden a ingreso, cuál es el procedimiento a seguir para poder utilizarlos, toda vez que los recursos apropiados al Fondo Adaptación se vieron disminuidos al cubrir temporalmente este gasto?*

Con el fin de dar respuesta a sus interrogantes, es pertinente señalar en primer lugar que el Decreto Ley 4819 de 2010 “Por el cual se crea el Fondo Adaptación”, define la naturaleza jurídica de esa entidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1. CREACIÓN DEL FONDO. Créase el Fondo Adaptación, cuyo objeto será la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de “La Niña”, con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público(...).”

Adicionalmente, la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, dispuso:

“ARTÍCULO 46. DEL FONDO ADAPTACIÓN. Modifíquese el artículo 155 de la Ley 1753 de 2015, el cual quedará así:

Artículo 155. Del Fondo Adaptación. El Fondo Adaptación, creado mediante Decreto-Ley 4819 de 2010, hará parte del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres en los términos de la Ley 1523 de 2012.

Los contratos que celebre el Fondo Adaptación para ejecutar los recursos destinados al programa de reducción de la vulnerabilidad fiscal ante desastres y riesgos climáticos, se registrarán por el derecho privado. Lo anterior, con plena observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de la facultad de incluir las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y de aplicar lo dispuesto en los artículos 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007, a partir del 1 de enero de 2020 los procesos contractuales que adelante el Fondo Adaptación se registrarán por lo previsto por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. (...)."

Ahora bien, la Constitución Política establece normas básicas en materia presupuestal en sus artículos 151¹ y 352,² en virtud de los cuales, se sancionó la Ley 225 de 1995,³ que autorizó al Gobierno Nacional para compilar las normas que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Así, se expidió el Decreto 111 de 1996⁴, el cual determina su ámbito de aplicación así:

“ARTÍCULO 3. Cobertura del Estatuto: *Consta de dos (2) niveles: Un primer nivel que corresponde al Presupuesto General de la Nación, compuesto por los presupuestos de los Establecimientos Públicos del orden nacional y el Presupuesto Nacional. (...)*

ARTÍCULO 4. *Para efectos presupuestales, todas las personas jurídicas públicas del orden nacional, cuyo patrimonio este constituido por fondos públicos y no sean empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta o asimiladas a estas por la Ley de la República, se les aplicarán las disposiciones que rigen los establecimientos públicos del orden nacional. (Ley 179 de 1994, art.63. (...).”*
(Se subraya)

De conformidad con lo anterior, desde el punto de vista presupuestal, el Fondo Adaptación se rige por las disposiciones que aplicables a los establecimientos públicos del orden nacional, ya que cumple con las condiciones consagradas en el artículo 4 del Estatuto Orgánico de Presupuesto y se encuentra identificado en la Sección presupuestal 1315 de la Ley 2008 de 2019⁵.

Así las cosas, la ejecución de recursos que el Fondo Adaptación no realice a través de patrimonios autónomos, deberá dar cumplimiento a las normas orgánicas de presupuesto.

Precisado lo anterior, para el caso objeto de consulta, se procede a revisar el régimen aplicable a los recursos del Fondo Adaptación que son administrados a través de un patrimonio autónomo,

¹ “El Congreso de la República expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa, entre las que menciona las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones”.

² “Además de lo señalado en esta Constitución, la ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.”

³ “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, y la Ley 179 de 1994, Orgánicas de Presupuesto”

⁴ “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”.

⁵ “Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2020.”

en virtud de la autorización otorgada por el parágrafo primero del artículo 5 del Decreto Ley 4819 de 2010, al señalar:

“ARTÍCULO 5. Patrimonio. *El patrimonio del Fondo estará constituido por:*

1. *Las partidas que se le asignen en el presupuesto nacional.*
2. *Los recursos provenientes de crédito interno y externo.*
3. *Las donaciones que reciba para sí.*
4. *Los recursos de cooperación nacional o internacional.*
5. *Los recursos provenientes del Fondo Nacional de Calamidades*
6. *Los demás recursos que obtenga o se le asignen a cualquier título.*

Parágrafo Primero. Los recursos de que trata el presente artículo serán administrados por el Fondo a través de los patrimonios autónomos que se constituyan para tal fin, en los términos y condiciones que reglamente el Gobierno Nacional. Estos recursos serán inembargables. (...) (Se subraya).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la ley autorizó la administración de los recursos mediante patrimonios autónomos, es pertinente citar las características que la jurisprudencia ha considerado sobre el particular⁶:

“Sin entrar a estudiar detenidamente todos los aspectos característicos de la fiducia mercantil -por escapar a los propósitos de este pronunciamiento-, puede decirse que de la norma transcrita se colige que de este negocio jurídico se derivan dos partes necesarias, fiduciante y fiduciario, y una eventual: el beneficiario o fideicomisario. De igual forma, puede señalarse que los elementos característicos de este tipo de contratos son los siguientes:

El primero puede definirse como un elemento real, según el cual en la fiducia mercantil se presenta una verdadera transferencia de dominio sobre los bienes fideicomitidos. 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, ni 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. Cfr. Superintendencia Bancaria. Circular Externa No. 007 de 1991.”

De acuerdo con lo anterior, los recursos que en virtud del contrato de fiducia mercantil transfiera el Fondo Adaptación a un patrimonio autónomo, desde el punto de vista presupuestal, se entenderán ejecutados dando cumplimiento al objeto de la apropiación.

Una vez ejecutados presupuestalmente los recursos, el manejo y la contratación que realice la entidad fiduciaria, de acuerdo con el contrato suscrito, se sujetará a lo dispuesto por las normas del derecho privado, por ende, no les es aplicable el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Finalmente, se advierte que, independientemente del negocio jurídico de que se trate, para el presente caso la fiducia mercantil, los recursos no pierden su carácter de públicos y deben destinarse al objeto ordenado en la ley.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

El presente concepto se emite en los términos y con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015⁷.

Cordialmente,

CLAUDIA MARCELA NUMA PÁEZ
Directora General del Presupuesto Público Nacional

APROBÓ: CLAUDIA PATRICIA NAVAS DÍAZ
ELABORÓ: JAVIER ALBERTO MACHADO LOMBO
TAG. E.O.P/Conceptos/Fondos Especiales

Firmado digitalmente por: CLAUDIA NUMA PAEZ

Directora General del Presupuesto Público Nacional
Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo"

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

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

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co