

CONTRATO DE FIDUCIA PUBLICA

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". Esta Corporación encuentra que el hecho de que el contrato de que trata el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, denominado "encargo fiduciario y fiducia pública", contenga disposiciones que desconocen los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil o que resultan poco prácticas al momento de contratar con el Estado, no significa que se haya vulnerado disposición constitucional alguna.

GOBIERNO-Definición

La Corte debe señalar que el régimen excepcional de que trata el numeral 9o. del artículo 150 superior únicamente hace referencia a los contratos que celebre el gobierno. Por lo demás, la Corte considera, con base en lo expuesto acerca de la terminología que contiene una Constitución, que el término "gobierno" -que dicho sea de paso tiene diversas acepciones dentro de la teoría constitucional- debe entenderse de conformidad con lo preceptuado por el artículo 115 de la Carta Política, esto es, como aquel "conformado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno". Con base en los precedentes razonamientos, la Corte encuentra que el inciso primero del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, introduce dentro del régimen de excepción contemplado en el numeral 9o. del artículo 150 constitucional, a ciertas entidades y organismos que no hacen parte del gobierno Nacional en los términos del artículo 115 superior. Adicionalmente, se observa que no se puede convertir en regla general las autorizaciones expresas, como pretende hacerlo la norma acusada respecto del contrato de fiducia, por cuanto dicho contrato ya ha sido regulado por el Congreso Nacional en uso de las atribuciones consagradas parágrafo final del artículo 150 superior.

LEY-Unidad de materia

El artículo 158 en comento prevé que todo proyecto de ley deberá referirse a una misma materia y, por tanto, serán inadmisibles aquellas disposiciones que no se relacionen con ella. Se trata de tecnificar el proceso legislativo,

con el fin de que los temas de que trata un proyecto de ley guarden una relación de conexidad y coherencia bajo parámetros de una lógica y una técnica jurídica . De esta forma, se pretende excluir aquellas materias - vulgarmente denominadas “micos”- que resultan ajenas o insólitas respecto del tema central de que trata la disposición legal.

CONTRATO DE FIDUCIA PUBLICA-Reglamentación

La reglamentación de un contrato como el de fiducia pública, que si bien se relaciona con el ejercicio de operaciones financieras, bursátiles y aseguradoras, entre otras, debe hacer parte de un estatuto de contratación administrativa, pues en últimas ese contrato supone que la entidad contratante es entidad pública y, por tanto, su régimen se debe establecer en una ley como la Ley 80 de 1993. Pretender lo contrario significaría, entonces, que cualquier ejercicio por parte de una entidad estatal de una actividad que de una forma u otra se relacione con el campo financiero o bursátil, por ejemplo, debería someterse a los parámetros de una ley general. Para la Corte es claro que ese no es el espíritu de los artículos 150-19 y 335 constitucionales.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Autonomía de Congreso para regularlo

Debe esta Corporación insistir en la autonomía e independencia que la Carta Política le otorga al Congreso de la República para regular un contrato administrativo. En esos términos, la Corte entiende que el establecer requisitos respecto de la fiducia pública, como la prohibición de delegar contratos o la necesidad de convocar siempre a un concurso o a una licitación, entre otros, apuntan al querer del legislador de garantizar una transparencia y una igualdad de todos los interesados en contratar con el Estado, para que todos ellos, incluidas las sociedades fiduciarias y demás entidades del sistema financiero, se sometan a unas mismas circunstancias y condiciones.

Ref.: Expedientes Acumulados D-647y D-672

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 32 (parcial) de la Ley 80 de 1993, (Estatuto General de Contratación Administrativa).

Actores: Carlos Eduardo Manrique, Juan Carlos Botero y Manuel Enrique Cifuentes.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Temas:

***Encargo fiduciario y fiducia pública.**

Santafé de Bogotá, D.C., primero (1^o) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Carlos Eduardo Manrique y Juan Carlos Botero, por un lado, y Manuel Enrique Cifuentes, por el otro, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6 y 242 de la Carta Política, presentaron sendas demandas contra el artículo 32 (parcial) de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación Administrativa).

En sesión llevada a cabo el día siete (7) de julio de 1994, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió acumular las referidas demandas y, en consecuencia, dispuso que se les diera un trámite conjunto. Igualmente fue aceptado el impedimento manifestado por el h. magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz y se nombró como conjuez al doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

Admitidas las demandas, se ordenaron las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes, se fijó el negocio en la Secretaría General de la Corte y, simultáneamente, se dio traslado al señor procurador general de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia.

Mediante escrito de fecha primero (1o.) de septiembre de 1994, el señor procurador general de la Nación se declaró impedido para rendir el concepto de constitucionalidad de la norma acusada, razón por la cual la Sala Plena de la Corte Constitucional, en auto de fecha ocho (8) de septiembre del referido año, aceptó dicho impedimento y ordenó dar traslado de la presente demanda al señor viceprocurador general de la Nación para que rindiera el correspondiente concepto.

Una vez cumplidos todos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte Constitucional a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente:

“LEY 80 DE 1993

“(POR LA CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA)

"Artículo 32.- De los contratos estatales. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

".....
.

"5). Encargos fiduciarios y fiducia pública.

"Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según el caso.

"Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las entidades 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 perjuicio 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. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

"La selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en la presente ley.

"Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

"Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

"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, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. 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.

"So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia pública o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato.

" Parágrafo 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetas al presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades."

"....."

Las subrayas corresponden a los apartes acusados por los demandantes.

III. LAS DEMANDAS

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Consideran los demandantes que la normatividad acusada es violatoria del Preámbulo y de los artículos 1o., 2o., 6o., 13, 84, 113, 136 numeral 1o., 150 numeral 19, 189 numeral 24, 300 numeral 9o., 315 numeral 3o., 331, 333 y 365 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de las demandas

2.1 Demanda presentada por los ciudadanos Carlos Eduardo Manrique y Juan Carlos Botero.

Encuentran los actores que la norma acusada tiene como resultado práctico que las entidades fiduciarias no podrán ser contratadas por las entidades públicas para la administración de sus bienes y recursos, ya que lo que la ley denomina fiducia pública, no podrá ser celebrado por las entidades estatales sino hasta que la ley, la asamblea o el concejo respectivo lo autorice. Dicen que la norma acusada "hará que en la práctica el contrato de fiducia pública nunca se pueda celebrar, puesto que el trámite de producir una ley, una ordenanza o un acuerdo como requisito previo del contrato, atenta contra los principios de eficacia y celeridad que consagran las leyes para la administración pública".

Sostienen también que la contratación de fiducias públicas y encargos fiduciarios siempre deberán someterse al régimen de licitación o de concurso de méritos, sin consideración a la cuantía, lo cual dificulta aún más la celebración de dichos contratos. Además, afirman que la modalidad de encargo fiduciario queda únicamente destinada a la cancelación de obligaciones derivadas de otro tipo de contratos públicos, y, de igual forma, siempre debe someterse al procedimiento de concurso o licitación. Estiman, pues, que en estas condiciones, el encargo fiduciario "queda reducido a un aspecto marginal".

En igual sentido, argumentan que "contra lo previsto en el Código de Comercio, las entidades públicas no podrán obtener el beneficio de que la sociedad fiduciaria se pague con su propia gestión, pactando su remuneración contra rendimientos, debiendo pactar los honorarios fiduciarios contra sus propios presupuestos". Del mismo modo consideran que se acaba con los contratos interadministrativos para contratar directamente las sociedades fiduciarias públicas, y que "se perdió para el Estado el beneficio de que gozan los particulares de que los activos destinados a la obtención del fin del contrato de fiducia estén amparados por el patrimonio autónomo".

De otra parte, manifiestan que la restricción impuesta por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 al servicio fiduciario para el Estado, va en contra de un instrumento que la misma ley creó como medio de servicio público, dotado de todas las seguridades jurídicas y prácticas para la administración de recursos ajenos, como es el sistema fiduciario que hace parte del sistema financiero operante en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, estiman los demandantes que la norma acusada restringe la posibilidad de celebrar contratos de fiducia mercantil y de encargo fiduciario, y por tanto reduce la actividad de las sociedades fiduciarias.

Según los interesados, la Constitución Política da un trato especial a la actividad financiera, y prevé que su regulación se debe hacer mediante una ley marco. Por tanto -para ellos-, la norma acusada, que hace parte de una

ley ordinaria, invade la competencia del Congreso y del presidente de la República en materia de regulación y control de la actividad financiera.

Igualmente consideran los demandantes que la norma acusada plantea un trato discriminatorio a las entidades fiduciarias, respecto de las demás entidades del sistema financiero. Por ello, manifiestan: "esta afirmación, se sustenta, además, de la exclusión expresa que se hace en el Parágrafo 1o. del artículo 32 de la Ley 80, en que el sistema que crea la Ley 80 para la operación de las fiduciarias en la contratación con el Estado es distinto, mas restringido y mas dispendioso que el que consagra para las demás entidades financieras". Así, señalan que el encargo fiduciario y la fiducia, operaciones propias de este tipo de entidades financieras, son las únicas objeto de restricciones y condiciones especiales, violándose de esta forma el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior.

Asimismo argumentan que la Ley 80 de 1993, en su parte acusada de inconstitucionalidad, resulta contraria al principio de la libre competencia económica, como parte de la libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Carta Política, ya que "no hay razones de interés social, ni cultural ni de ambiente para limitar la facultad de las fiduciarias para desarrollar la actividad económica que el Estado les autorizó realizar, como en efecto lo limitan las normas acusadas", y que "la limitación contenida en las normas atacadas proviene de una ley ordinaria que no puede modificar las condiciones de prestación de dichas actividades porque la actividad fiduciaria tiene la doble naturaleza de su actividad de interés público por ser manejo de recursos captados del público y ser un servicio público esencial, naturaleza que en la Constitución exige formas especiales de leyes para su limitación o restricción".

Finalmente, argumentan que la norma acusada contraría el artículo 209 de la Constitución Política, ya que, al restringir casi al mínimo la actividad fiduciaria -que es una expresión del interés público-, se impide al Estado delegar el manejo de recursos en entidades especializadas, las cuales atienden los principios de eficacia y moralidad que debe guiar la función pública.

2.2. Demanda presentada por el ciudadano Manuel Enrique Cifuentes Muñoz

Considera el demandante, en primer lugar, que el inciso primero (1o.) del numeral quinto (5o.) de la norma acusada, ubica el tema de la contratación administrativa dentro de los eventos señalados en los artículos 150-9, 300-9 y 313-3 de la Constitución Política, "lo que supone no solo una interpretación restrictiva de las materias objeto de las mismas, sino además, una lectura igualmente estricta de sus destinatarios. La atribución del artículo 150-9 dirigida al gobierno, por ejemplo, es distinta a la contenida en el último inciso del artículo 150 de la Constitución, la cual posee una mayor amplitud. El inciso que se comenta extiende a un nivel subjetivo la exigencia de la ley a los contratos de fiducia que celebren todas las entidades estatales, lo cual riñe

con el carácter excepcional de los artículos constitucionales mencionados que vinculan con exclusividad al gobierno (Art. 150-9 C.P.), al gobernador (Art. 300-9 C.P.) y al alcalde (Art. 313-3 C.P.)".

Así, dice que "el legislador, so pretexto de ejercer la facultad contenida en el último inciso del artículo 150, consistente en la expedición de un 'estatuto general' de contratación, ha ampliado los alcances, y por consiguiente ha variado el texto de los artículos 150-9, 300-9 y 313-3 de la C.P., desconociendo de paso la autonomía reglada en materia contractual propia del poder ejecutivo (Art. 150 último inciso), rama que dentro de los parámetros de tipo general que le fije el Congreso, por conducto de la actividad contractual, entre otros medios, ejerce su función pública". De esta forma, considera que el Congreso ha invadido asuntos de competencia privativa de otras autoridades, ha fijado trámites y requisitos irrazonables que impiden u obstaculizan el ejercicio de actividades legítimas, y ha atentado contra los principios de eficacia, economía, celeridad e imparcialidad de la administración.

Afirma que, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, la autorización especial de que trata el numeral 9o. del artículo 150 superior es excepcional, y por tanto únicamente quedan sometido a dicha autorización "no se extiende, de efectuarse un estudio riguroso de la Constitución, a todo el campo contractual del gobierno y primeras autoridades locales".

En segundo lugar, argumenta que los incisos segundo (2o.) y quinto (5o.), y el párrafo primero del numeral quinto del artículo 32 acusado, resultan violatorios del principio y derecho de igualdad, y del deber de imparcialidad administrativa, consagrados en los artículos 1o., 2o., 13o., y 209 de la Constitución Política, además de atentar contra el derecho a la libre competencia económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, previstas en el artículo 333 superior. Al respecto, manifiesta, al igual que los otros demandantes, que la norma acusada "ha cerrado el camino a las sociedades fiduciarias para que estas administren recursos destinados a un contrato por celebrar, lo que no sucede con otros intermediarios del sector financiero o del mercado público de valores", además de negarles la posibilidad de administrar los recursos de tesorería no vinculados a actividades contractuales, y que son destinados a gastos de funcionamiento de las diferentes entidades del Estado.

Finalmente, considera que los incisos tercero (3o.) y octavo (8o.) del numeral 5o. del artículo 32 acusado, deben ser declarados inexequibles, toda vez que resultan contrarios al principio constitucional de unidad de materia, ya que se legisló sobre temas atinentes a la actividad financiera dentro de una ley cuyo objeto era regular el régimen de contratación administrativa.

IV. INTERVENCIONES OFICIALES

1. Del apoderado judicial del Ministerio de Gobierno

El Ministerio de Gobierno, mediante apoderado judicial, presentó ante esta Corporación dos escritos, a través de los cuales solicita que se declare la exequibilidad de la norma acusada, por considerar, en primer término, que el Congreso de la República, en ejercicio de la facultad que le concede el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, expidió la Ley 80 de 1993, la cual "le imprime a la contratación administrativa una dinámica acorde con los nuevos mandatos constitucionales y sus disposiciones se caracterizan por constituir normas aplicables a todos los niveles y órdenes de la administración pública, en miras a lograr sus objetivos de interés general, en el contexto de los principios de transparencia, economía y responsabilidad".

Así, sostiene que la norma que regula el contrato de fiducia pública debe ser declarada exequible, ya que "no ataca el principio constitucional de un orden justo, pues no está estableciendo desigualdades de ninguna naturaleza, ya que a la misma deben sujetarse sin excepción alguna todos aquellos que deseen realizar dicho contrato con las entidades del Estado. Por el contrario, su justicia radica en fijar una serie de requisitos y responsabilidades tendientes a asegurar el buen manejo y ejecución de la inversión pública, en beneficio de todos los asociados".

A juicio del interviniente, la norma acusada no regula el tema de la actividad financiera; simplemente contiene los requisitos para la celebración de un tipo de contrato, cual es el de fiducia. Asimismo, manifiesta que no hay un desconocimiento al principio de la tridivisión de poderes, toda vez que el Congreso de la República actuó en ejercicio de sus facultades constitucionales. Además, considera que el hecho de regular un tipo de contrato no significa que se esté modificando el objeto social de las entidades financieras o que se den las bases para afirmar que se invaden ámbitos de competencia de otras ramas del poder público.

Finalmente, afirma el apoderado que la norma acusada no viola el principio de igualdad, toda vez que se trata de una reglamentación general, la cual no prevé privilegios para algunos sujetos y restricciones para otros. Del mismo modo, considera que no se desconoce el principio de la libre competencia económica, ya que, por el contrario, al tenor del inciso segundo del artículo 333 superior, se prevé un mayor grado de responsabilidad a la celebración y ejecución de contratos de fiducia.

2. Del apoderado judicial del Ministerio del Transporte

El Ministerio del Transporte, mediante apoderado judicial, presentó ante esta Corporación dos escritos mediante los cuales expone sus argumentos para justificar la declaratoria de exequibilidad de los apartes acusados del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Inicialmente, manifiesta el defensor que la Ley 80 de 1993 fue expedida por el Congreso de la República en ejercicio de la

facultad que le concede el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, y en ella se fijan los parámetros generales a las cuales se deben someter todos aquellos funcionarios públicos que, en razón de su encargo, deban celebrar contratos administrativos.

Respecto del argumento relacionado con la autorización previa para celebrar el contrato de fiducia, considera que "si no se hubiese dispuesto en la ley esa limitante del inciso primero del ordinal quinto del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la administración pública podría hacer lo mismo que los particulares, bajo su libre albedrío, y eso no es posible permitirlo en la dirección de los entes estatales".

En relación con el inciso segundo del numeral 5o. del artículo 32 acusado, sostiene que el legislador quiso ejercer un control estricto sobre los encargos fiduciarios, pues, "el control que el Estado debe irradiar sobre el manejo de sus recursos, lleva a tomar tales decisiones, porque no puede dejarse ese manejo, sin límites, ya que podría resultar no acertado dentro de la función administrativa".

Argumenta también que "la prohibición de pactar la remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso salvo cuando estos se encuentren presupuestados, tiene respaldo total en la Constitución Política y específicamente en el artículo 345, cuando establece que 'en tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro público que no se halle incluida en el de gastos' ". En virtud de lo anterior, afirma que "si los rendimientos económicos fiduciarios a favor del Estado, no están formando parte del respectivo presupuesto, es apenas natural y jurídico según la Constitución Política, que no puedan ser tomadas para el pago de una obligación".

En cuanto a la norma que impone a las entidades estatales la obligación de ejercer un control sobre las actuaciones de las sociedades fiduciarias en desarrollo de los encargos y contratos fiduciarios, estima que se trata de una obligación que se debe cumplir en desarrollo de cualquier tipo de contrato, razón por la cual dicha norma no le merece reparo alguno. Y agrega: "En lo atinente a la no transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni de la Constitución de patrimonio autónomo, frente a los bienes de la fiducia, es también un medio de control y de protección del patrimonio público que perfectamente debe estar, como lo está, en el estatuto general de la contratación estatal".

De otra parte, considera que la norma acusada no amplía los alcances de los artículos 150 numeral 9o., 300 numeral 9o. y 313 numeral 3o. de la Constitución Política, ya que aquella prevé una autorización especial en materia de contrato de fiducia pública. Por ello, afirma: "no resulta redundante decir que cuando una entidad estatal, por contrato de fiducia pública, el señor alcalde municipal requerirá, para este evento no solo la autorización general de contratación a que se refiere el artículo 313-3 de la

Constitución Política sino el acuerdo especial para este caso particular, previsto en la Ley 80, artículo 32 inciso 5o."

V. INTERVENCIONES CIUDADANAS

1. De Anna Isabel Saba Lobo-Guerrero

La ciudadana Anna Isabel Saba Lobo-Guerrero presentó a esta Corporación, un escrito mediante el cual coadyuva la demanda de la referencia, con fundamento en los mismos argumentos de los actores.

VI. CONCEPTO DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Habida cuenta del impedimento manifestado en su oportunidad por el señor procurador general de la Nación, el cual fue admitido por la Sala Plena de esta Corporación mediante auto del ocho (8) de septiembre de 1994, el señor viceprocurador general de la Nación rindió, entonces, el concepto de su competencia y solicitó a esta Corporación que se declaren exequibles los apartes demandados de los incisos segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo y octavo, y el párrafo 1o., del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, e inexequible el inciso primero del numeral 5o. de la citada disposición.

A juicio del señor viceprocurador, la Ley 80 de 1993 no regula aspectos como los elementos configurativos y funcionales de la actividad financiera, razón por la cual afirma que el legislador no ha invadido el ámbito de dicha actividad, la cual debe ser regulada mediante ley marco y decretos reglamentarios.

Afirma que comparte el argumento del demandante Cifuentes Muñoz, referente a las diferencias existentes entre el ámbito de las autorizaciones previas en materia contractual previstas en el numeral 9o. del artículo 150 superior, y aquel que corresponde al Estatuto General de Contratación (inciso final, artículo 150 superior). Por ello concluye que el inciso primero del numeral 5o. del artículo acusado, "al prescribir que las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el concejo municipal, está convirtiendo lo excepcional por mandato constitucional en la regla general, en contravía entonces de los textos superiores de los artículos 150-9, 300-9 y 313-3", invadiendo de esta forma el ámbito competencia en materia contractual a nivel nacional, seccional y local.

Manifiesta que el proceso de licitación y concurso para seleccionar las sociedades fiduciarias, en vez de convertirse en un obstáculo para el acceso a la contratación administrativa, constituye un elemento que garantiza la participación de tales sociedades, tanto públicas como privadas, en igualdad de condiciones. Igualmente sostiene que el control de la entidad contratante

sobre la sociedad fiduciaria, en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos fiduciarios, responden a la necesidad de vigilancia sobre las actividades propias del Estado, que tiende a garantizar la eficiencia y la protección de los intereses colectivos.

Considera que "como las preceptivas de la Ley 80 acusadas están orientadas al alinderamiento de la capacidad de las entidades públicas para contratar negocios fiduciarios, que no a la definición del contenido de los elementos constitutivos de ésta clase de operaciones, de manera que en el panorama normativo para el trámite jurídico de los negocios fiduciarios no han sido afectados por tales regulaciones, se puede predicar la conformidad de lo impugnado de los incisos segundo, tercero, octavo y parágrafo 1o., haciendo abstracción de los argumentos de conveniencia que subyacen en los fundamentos de las demandas acumuladas, los cuales no son evaluables en el estudio constitucional, por vía del control abstracto".

Así, concluye diciendo que la Ley 80 de 1993, al determinar que el objeto de los negocios fiduciarios es la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que las entidades públicas celebren, sin que se de una transferencia del derecho de dominio y la constitución de un patrimonio autónomo, buscó "evitar el desdibujamiento de la gestión estatal a través de la delegación impropia de competencias administrativas".

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte de una ley de la República, es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, según lo prescribe el artículo 241 de la Carta Fundamental.

2. Análisis de los cargos

Antes de entrar a estudiar cada uno de los argumentos presentados por los demandantes respecto de la inconstitucionalidad de algunos apartes del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, debe esta Corporación señalar que sus estrictas y precisas funciones, según lo prescribe el artículo 241 del Estatuto Superior, le imponen la obligación de confrontar objetivamente la norma acusada con el texto de la Carta Política, sin que para ello deban tomarse en consideración las acusaciones meramente valorativas en las que se califiquen los efectos prácticos que puedan tener las disposiciones bajo estudio. Sobre el particular, esta Corte ha señalado:

"Esta Corporación no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas que se someten a su juicio, sino el estudio y decisión objetivos

*acerca de la constitucionalidad de las mismas. Es, pues, el medio y su viabilidad a la luz del orden superior lo que cae dentro de la órbita de competencia de la Corte, no los fines a los cuales él está encaminado"*¹

En el asunto que en esta oportunidad le compete examinar a la Corte, los demandantes esbozan en algunos apartes de su escrito un criterio axiológico como fuente de cotejo entre el texto impugnado y el ideal de justicia contenido en diversas normas de la Carta Política. Se trata, pues, de un problema de valoración del derecho que no conlleva necesariamente a un examen de constitucionalidad. Este, como ya se ha señalado, es ante todo un análisis objetivo dentro de unos parámetros generales determinados por el propio texto de la Constitución. En cambio, el examen exclusivamente valorativo de la norma, implica una posición de carácter moral -y por ende subjetiva- que le corresponde desarrollar más al doctrinante que al juez constitucional, pues éste se limita a la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, tal como ésta es y no como él cree que debería ser. Lo anterior no obsta para que la Corte tenga siempre en consideración dentro de su estudio criterios de justicia; pero tales criterios deben inferirse del espíritu y letra de la Carta, sin entrar -se repite- a determinar criterios abstractos y de interpretación subjetiva, como deber ser.

Sentado lo anterior, procede la Corte a estudiar los argumentos de los demandantes, no sin antes reiterar que se dejarán de lado aquellas acusaciones que se enmarcan más dentro de criterios axiológicos y prácticos que jurídicos.

2.1. Primer cargo: la regulación del contrato de fiducia en la Ley 80 de 1993, desnaturaliza el contrato de fiducia mercantil establecido en el ordenamiento jurídico colombiano.

Al respecto, los actores señalan que la regulación del contrato de que trata el numeral 5o. del artículo 32 de la ley en mención, contiene aspectos como la prohibición de pactar la remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso -salvo que éstos se encuentren presupuestados-, la necesidad de seleccionar la sociedad fiduciaria a contratar por medio de la licitación o concurso, la no transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales y la no constitución de un patrimonio autónomo de la respectiva entidad oficial, entre otros, que desconocen por completo la naturaleza y los elementos esenciales del contrato de fiducia, tal y como se ha establecido con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico.

La mayoría de la doctrina nacional ha coincidido que a partir de la Ley 45 de 1923, conocida como la Ley Bancaria, apareció el encargo fiduciario,

¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-149/93 del 22 de abril de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

recogido hoy en día principalmente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Por su parte, la fiducia mercantil, cuyos antecedentes se deben buscar -como lo anotan los demandantes- en la figura del "trust" anglosajón, encontró su plena consagración legal en el año de 1972, con la expedición del nuevo Código de Comercio.

El artículo 1226 del Código citado define la fiducia mercantil en los siguientes términos:

"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 llamada beneficiario o fideicomisario.

"Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y fideicomisario.

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

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 mercantil².

Retomando la característica esencial del primer elemento, cual es la transferencia del dominio, se tiene que de acuerdo con los artículos 1227, 1234, 1236 y 1238 del Código de Comercio, los bienes afectados por el fideicomiso no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario, razón por la cual deben figurar contablemente en forma separada y, además, el beneficiario deja de ser "dueño" de sus bienes, aunque sí lo es de los beneficios que ellos reporten.

² Cfr. Superintendencia Bancaria. Circular Externa No. 007 de 1991.

Debe igualmente señalarse que, según las voces del artículo 1233 de la normatividad citada, "los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo". Si bien escapa a la finalidad de esta providencia analizar el concepto de "patrimonio autónomo", debe decirse que ella responde a la necesidad de que los bienes afectados mediante el negocio fiduciario, se encuentren a salvo respecto de los demás negocios o gestiones que adelante el fiduciario como fruto del giro ordinario de sus asuntos.

De lo anterior, se debe concluir que tanto la transferencia de dominio como la constitución de un patrimonio autónomo, son dos de los elementos sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil.

Un segundo elemento de este tipo de negocios jurídicos es el que puede calificarse como personal, en el cual los fines establecidos por el fiduciante para la administración de los bienes por parte del fiduciario, se enmarcan dentro de la figura del "trust" o de la confianza que el primero deposita en el segundo -es decir, en sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria-, habida cuenta de sus capacidades, su experiencia o su *good will*, con una destinación o una finalidad determinada, de cuyos frutos se beneficiará el mismo constituyente o un tercero.

El tercer elemento hace referencia a los aspectos formales de este tipo de contratos. Se trata de cumplir con los requerimientos mínimos establecidos por la ley tanto en lo que se refiere a la formación del contrato como a su ejecución y extinción. En cuanto a lo primero, el artículo 1228 del Código de Comercio, establece que la fiducia deberá constar en "escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes". Sin embargo, los Decretos 663 y 847 de 1993, principalmente, han modificado en parte la citada disposición y han permitido la constitución de fiducias sobre bienes muebles por el simple consentimiento de las partes, mientras que aquellas que versen sobre bienes objeto de registro o sobre bienes inmuebles deberán cumplir con las obligaciones correspondientes a cada uno de estos eventos. Respecto de otras formalidades, no podrán celebrarse los negocios fiduciarios prohibidos (Art. 1230) y deberán acatarse las causales de extinción de este tipo de contratos (Art. 12340).

Finalmente, se tiene un elemento formal-temporal, cual es que el contrato de fiducia mercantil jamás podrá contar con una duración superior a veinte (20) años (Art. 1230).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 introdujo en el numeral 5o. del artículo 32, una regulación específica de una serie de negocios jurídicos denominados "encargos fiduciarios y fiducia pública". Sin entrar a definirlos, señaló que dichos contratos de fiducia pública sólo podrán ser celebrados previa autorización de ley, de la ordenanza o del acuerdo, según el caso. De igual

forma, determinó que los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán únicamente por objeto la administración y manejo de recursos vinculados a contratos que tales entidades celebren. Asimismo, como se advirtió, esa normatividad prohibió pactar la remuneración con cargo a rendimientos del fideicomiso, así como la posibilidad de delegar en las sociedades fiduciarias los contratos que las entidades estatales celebren. No sobra reiterar que la Ley 80 estableció también que la escogencia de la sociedad fiduciaria debería hacerse por licitación o concurso y que ese contrato de fiducia "nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo de la respectiva entidad oficial".

Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que 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. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993.

Por otra parte, debe señalarse que la Constitución Política de Colombia autorizó al legislador para hacer las leyes, y dentro de ellas para expedir el Estatuto General de Contratación Administrativa (Art. 150 inc. final). Así las cosas, el Congreso de la República goza de plena autonomía e independencia para legislar según sus propios criterios e interpretaciones respecto de una determinada materia, aunque siempre deberá hacerlo ceñido a los parámetros fijados en la Constitución, tanto en lo que respecta al trámite formal de ciertas leyes (por ejemplo las estatutarias o las orgánicas), como en lo que se relaciona con la necesidad de respetar los derechos constitucionales de los sujetos que se encuentran afectados por la norma legal en creación y, desde luego, la órbita de competencia de las demás ramas y órganos del poder público. Los conceptos valorativos, de oportunidad y de beneficio, le

corresponde, pues, adoptarlos al legislador, quien, por lo demás, lo hace siempre consultando los intereses del pueblo y procurando el beneficio de la colectividad (Art. 133 C.P.). En este sentido, puede el Congreso entonces determinar cuáles serán los contratos que regirán las relaciones entre particulares, y entre éstos y el Estado. Y podrá, por tanto, confirmar las reglas previstas a lo largo del tiempo para una serie de negocios jurídicos, modificarlas o suprimirlas. Así, por ejemplo, retomando el ejemplo expuesto por el demandante, el legislador podrá crear un nuevo contrato denominado "arrendamiento público", señalando para éste reglas completamente diferentes a las existentes en los artículos 1973 y ss. del Código Civil y 518 y ss. -entre otros- del Código de Comercio. El hecho de que las normas introduzcan modificaciones a las reglas existentes, y que dichas modificaciones puedan resultar imprácticas o engorrosas para algunos de los asociados, no significa *per se* que el juez de constitucionalidad deba proceder a retirarlas inmediatamente del ordenamiento jurídico. Además, no debe olvidarse que, dentro de un plano de igualdad, no puede imperar necesariamente el criterio de un determinado grupo de individuos sobre los ideales de justicia y de prevalencia del interés general aducidos por el legislador.

Visto lo anterior, por las razones expuestas al inicio del acápite de "Consideraciones" de esta providencia, la Corte no puede entrar a estudiar si la exigencia de una licitación para la escogencia de una sociedad fiduciaria resulta engorrosa, o si la prohibición de pactar rendimientos financieros hace impráctica la celebración del contrato, o si, como lo alegan los demandantes, la modalidad de encargo fiduciario quedó restringida, o si los controles determinados en la ley hacen -según ellos- difícil que una entidad estatal pueda contratar con una sociedad fiduciaria. Lo anterior, por lo demás, puede tomarse desde dos puntos de vista: o que realmente se trata de una norma con preocupantes efectos prácticos dentro de la agilidad de las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado, o que el querer del legislador fue el de restringir al máximo un contrato que, según su criterio -el cual no es del caso calificar-, generaba una gran inseguridad dentro del campo de la contratación en la administración pública. En efecto, el anterior estatuto de contratación (Decreto-Ley 222 de 1983) se había convertido en una normatividad que era fácilmente soslayada por muchas entidades estatales, toda vez que ellas solían contratar, a través de la figura de la fiducia, en forma directa, sin control jurídico alguno y desconociendo por ende los requisitos establecidos en aquél estatuto.

Como se ve, se trata de un juicio de valor en el cual la Corte no puede entrar a tomar partido, pues no se encuentra por este simple hecho que se atente contra alguna disposición del ordenamiento superior. No puede olvidarse que el concepto de justicia o de interés general no es unívoco; por el contrario, cada quien, desde su propia perspectiva, puede considerar que una determinada disposición es justa o injusta. La Corte, por supuesto, no podría caer en esa situación; por ello su función se circunscribe a la comparación objetiva de la norma con el texto de la Carta, donde el desconocimiento de

algún aspecto formal-constitucional o la violación de algún derecho constitucional fundamental -por ejemplo- hacen que esta Corporación se vea siempre en la necesidad de retirar esa norma del ordenamiento jurídico colombiano.

Por las razones expuestas, esta Corporación encuentra que el hecho de que el contrato de que trata el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, denominado "encargo fiduciario y fiducia pública", contenga disposiciones que desconocen los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil o que resultan poco prácticas al momento de contratar con el Estado, no significa que se haya vulnerado disposición constitucional alguna.

2.2. Segundo cargo: la autorización previa por vía de ley, de ordenanza o de acuerdo para celebrar un contrato de fiducia pública, es inconstitucional.

Este cargo lo fundamentan los actores en que, por una parte, la autorización previa por la ley, la ordenanza o el acuerdo para celebrar un contrato de fiducia pública significa en la práctica paralizar la administración estatal y, por la otra, que la autorización previa prevista en la Constitución Política (Art. 150-9) es de carácter excepcional y sólo cobija al gobierno, mientras que el primer inciso del artículo acusado se refiere a todo tipo de entidades del orden estatal.

La Corte Constitucional ya se ha ocupado de analizar los aspectos más relevantes de la contratación administrativa previstos en la Constitución Política, y especialmente ha sentado jurisprudencia acerca de la competencia que sobre el particular se le ha asignado a los diferentes órganos del Estado. Así, la Corporación se ha pronunciado respecto de las atribuciones del Congreso derivadas del artículo 150 superior, de la prerrogativa de que goza el presidente de la República para celebrar ciertos contratos (Art. 189-23), del papel que le corresponde desarrollar a la ley orgánica de presupuesto, etc.

Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior “contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones”³. En otras palabras, la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la Ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley.

No obstante lo expuesto, debe esta Corporación recalcar que la autorización que el órgano legislativo concede para que entidades del Estado puedan

³ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-449/92 del 9 de junio de 1992.
Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

contratar, no se agota únicamente con la expedición del Estatuto General de Contratación Administrativa. Así, puede establecer ese Estatuto que determinados contratos se sometan a una legislación especial -como es el caso de exploración y explotación de recursos naturales (Art. 76)-, o puede guardar silencio respecto del procedimiento y autorización necesaria para la celebración de un determinado tipo de contrato que no se encuentre enmarcado dentro de los que hace referencia el artículo 32 de la citada ley. En uno u otro evento, será necesario contar, pues, con una legislación especial que se ocupe de dichas materias. De igual forma, la Corte tampoco puede desconocer la facultad que le asiste al legislador para expedir toda una reglamentación relacionada con un contrato en particular, como es el caso de la Ley 37 de 1993, posteriormente complementada por la misma Ley 80 de ese mismo año.

En aquellos casos en los que el legislador decida que la celebración de un determinado contrato deba someterse a una autorización previa y especial por parte de ese órgano, se estará, de acuerdo con lo que ha establecido esta Corte, dentro de los presupuestos del numeral 9o. del artículo 150 que prevé:

"Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

"....."

"9o. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de esas autorizaciones"

Finalmente, en los eventos en que el presidente de la República, por razones evidentes de necesidad nacional, celebre un contrato o un convenio sin autorización previa, dicha autorización podrá darse en forma subsiguiente por el Congreso, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 150 constitucional.

De acuerdo con lo establecido, la jurisprudencia a la que se ha hecho alusión en esta providencia, ha resumido en la siguiente forma las atribuciones que la Carta Política le otorga al Congreso en materia de contratación administrativa:

"En conclusión, el constituyente distinguió las nociones de autorización previa general (artículo 150 inciso final), autorización previa especial (artículo 150.9), y aprobación posterior (artículo 150.14) de los contratos, a la luz de la Carta de 1991".⁴

⁴ Corte Constitucional. Sentencia No. C-449/92, citada.

Asimismo, resulta relevante para efectos del asuntos bajo examen, remitirse a lo establecido en esa misma jurisprudencia respecto de los alcances del numeral 9o. del artículo 150 superior:

"La autorización especial de que trata el artículo 150.9 es excepcional y debe contener los elementos de generalidad e impersonalidad, como toda ley, salvo que se señale al contratista en el caso en que éste sea la única persona natural o jurídica que pueda desarrollar el objeto propio del contrato. De lo contrario se violaría el principio de imparcialidad (artículo 209), que garantiza la igualdad (artículo 13) de todos para participar en la contratación pública".

Ahora bien, el inciso primero del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece la necesidad de contar con una autorización previa por parte de la ley, de la ordenanza o del acuerdo para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de fiducia pública. Se trata, pues, de la decisión del legislador de someter una categoría de contratos -los de fiducia pública- a un trámite de autorización previa y especial, el cual se enmarca -conviene reiterarlo- dentro de las facultades que la Constitución le otorga al Congreso de la República en el numeral 9o. y en el inciso final del artículo 150 superior. Debe en este punto la Corte hacer claridad respecto de que el legislador goza de plena autonomía para ejercer la atribución en comento, siendo sus únicos limitantes los preceptos de orden formal (trámite, procedimiento y quórum) y material (derechos) contenidos en la Carta Política. En virtud de ello, puede la ley señalar que una categoría de contratos o un determinado contrato dentro de esa categoría (por ejemplo, dependiendo de la cuantía), se sometan al trámite especial en mención.

A pesar de lo anterior, la Corte debe detenerse en los alcances de la autorización previa y especial de que trata el numeral 9o. del artículo 150 superior. Para ello será necesario, en primera instancia, pronunciarse acerca de la importancia de los términos contenidos en las disposiciones que conforman una Constitución.

Toda Carta Política debe contener una serie de disposiciones encargadas de definir al Estado mismo, lo cual incluye la consagración de la forma que adopta, del respectivo sistema de gobierno, de su régimen político, su división territorial, lo relacionado con la población, la nacionalidad y la ciudadanía, lo referente a las ramas del poder público, los mecanismos para la designación y/o elección de las autoridades, y las limitaciones y restricciones al ejercicio del poder, entre otras. Cabe agregar que, como es apenas natural, este tipo de normas varían de acuerdo con cada Estado y su respectivo funcionamiento.

La organización de todo Estado depende, entonces, de las disposiciones contenidas en la Carta Política. Disposiciones que respecto de las palabras y términos que en ellas se utilicen, deben resultar exactas y precisas, no sólo en cuanto a la naturaleza misma de la función, sino también respecto de las

calidades y requisitos que debe cumplir el funcionario encargado de ejercerla.

Así las cosas, debe recordarse que el artículo 2o. de la Ley 80 de 1993⁵, definió, para efectos de la contratación administrativa, cuáles eran las entidades, los servidores y los servicios públicos. Dentro de las primeras, incluyó no sólo a la Nación, a los departamentos, a las provincias, al distrito capital, a los distritos especiales, a los municipios, a los territorios indígenas y a las entidades descentralizadas, sino que también les otorgó capacidad para contratar a organismos pertenecientes a las otras ramas del poder público y a los órganos de control, como es el caso del Senado de la República y la Cámara de Representantes, del Consejo Superior de la Judicatura, de la Fiscalía General de la Nación, de la Contraloría General de la República (y las contralorías territoriales), de la Procuraduría General de la Nación, y de la Registraduría Nacional del Estado Civil, entre otros.

En virtud de lo anterior se tiene, entonces, que el Estatuto de Contratación Administrativa incluyó, dentro de los principios, autorizaciones y normas generales sobre la materia, a otras entidades u organismos del poder público que no pertenecen a la rama ejecutiva. Así las cosas, la Corte debe señalar que el régimen excepcional de que trata el numeral 9o. del artículo 150 superior únicamente hace referencia a los contratos que celebre el gobierno. Por lo demás, la Corte considera, con base en lo expuesto acerca de la terminología que contiene una Constitución, que el término "gobierno" -que dicho sea de paso tiene diversas acepciones dentro de la teoría constitucional- debe entenderse de conformidad con lo preceptuado por el artículo 115 de la Carta Política, esto es, como aquel "conformado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno".

Con base en los precedentes razonamientos, la Corte encuentra que el inciso primero del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, introduce dentro del régimen de excepción contemplado en el numeral 9o. del artículo 150 constitucional, a ciertas entidades y organismos que no hacen parte del gobierno Nacional en los términos del artículo 115 superior. Adicionalmente, se observa que no se puede convertir en regla general las autorizaciones expresas contenidas en los artículos 150-9, 300-9 y 313-3 de la Carta Política, como pretende hacerlo la norma acusada respecto del contrato de fiducia, por cuanto dicho contrato ya ha sido regulado por el Congreso Nacional en uso de las atribuciones consagradas parágrafo final del artículo 150 superior.

⁵ Declarado exequible por la Corte Constitucional. Cfr. Sentencia No. C-374/94 del 25 de agosto de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía

En consecuencia, deberá declararse la inexecutable de la disposición en comento por transgredir el texto del numeral 9o. del artículo 150 de la Carta Política.

2.3. Tercer cargo: el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contiene aspectos que se enmarcan dentro de la regulación de la actividad financiera, los cuales deben ser definidos en una ley marco y regulados por el presidente de la República.

Sobre este punto los demandantes sustentan su argumentación en que, a su juicio, la reglamentación contenida en el artículo acusado de la Ley 80 de 1993 trasciende los aspectos de la contratación administrativa, y se enmarca dentro de la regulación misma de la actividad financiera, asuntos estos que sólo pueden ser regulados por el Congreso a través de una ley marco (Art. 150-19-f C.P.) y por el presidente de la República mediante los decretos de que trata el numeral 24 del artículo 189 superior. En consecuencia -aducen los interesados- modificar la forma y el fondo de la actividad financiera, en este caso de las sociedades fiduciarias, a través de una ley ordinaria de contratación administrativa, viola las disposiciones anteriormente citadas, y quebranta el principio constitucional de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Carta Política.

El artículo 158 en comento prevé que todo proyecto de ley deberá referirse a una misma materia y, por tanto, serán inadmisibles aquellas disposiciones que no se relacionen con ella. Se trata -como lo ha dicho la Corte- de tecnificar el proceso legislativo, con el fin de que los temas de que trata un proyecto de ley guarden una relación de conexidad y coherencia bajo parámetros de una lógica y una técnica jurídica⁶. De esta forma, se pretende excluir aquellas materias -vulgarmente denominadas “micos”- que resultan ajenas o insólitas respecto del tema central de que trata la disposición legal.

Sobre el particular, esta Corporación también ha señalado:

“La interpretación del principio de unidad de materia no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el principio democrático, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistemática con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley”⁷.

⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. C-544/93 del 25 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia No. C-022/94 del 27 de enero de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

En virtud de lo anterior, corresponde a la Corte determinar si el artículo 32 acusado guarda una conexidad suficiente con el tema de la Ley 80 de 1993. Para esta Corporación, la norma impugnada contiene una evidente relación con la materia de la citada disposición legal, esto es, con las normas y principios generales que deben guiar a la contratación administrativa. En efecto, al establecerse los lineamientos a través de los cuales se regula un contrato específico, como el de fiducia pública -diferente, como se anotó, al de fiducia mercantil-, resulta razonable e inclusive natural que se incluyan disposiciones tales como la prohibición de delegar en las sociedades fiduciarias de los contratos que celebren las entidades estatales, la determinación de que ese contrato de fiducia pública nunca implicará transferencia del dominio ni se constituirá patrimonio autónomo; y que la adjudicación de este tipo de contratos deberá hacerse siempre a través de la licitación o concurso público. Como puede apreciarse, se trata de aspectos que el legislador quiso establecer para que la celebración de este tipo de contratos se sometieran a unos principios de transparencia e imparcialidad que él juzgó como necesarios. Se trata, pues, de materias que representan una unidad de materia con la Ley 80 de 1993 y que, por ende, no transgreden el artículo 158 superior.

Ahora bien, debe esta Corte señalar que el hecho de que los artículos 150-19-d) y 335 constitucionales se refieran a las regulaciones por parte del Congreso de las actividades bursátiles, financieras y aseguradoras, a través de una ley general -anteriormente llamada “cuadro” o “marco”- no significa que todas las materias que de una forma u otra se relacionen o afecten este tipo de actividades deban someterse siempre y en todos los casos a los lineamientos propios de esta clase de normas. Así, la Corporación reitera que la reglamentación de un contrato como el de fiducia pública, que si bien se relaciona con el ejercicio de operaciones financieras, bursátiles y aseguradoras, entre otras, debe hacer parte de un estatuto de contratación administrativa, pues en último ese contrato supone que la entidad contratante es entidad pública y, por tanto, su régimen se debe establecer en una ley como la Ley 80 de 1993. Pretender lo contrario significaría, entonces, que cualquier ejercicio por parte de una entidad estatal de una actividad que de una forma u otra se relacione con el campo financiero o bursátil, por ejemplo, debería someterse a los parámetros de una ley general. Para la Corte es claro que ese no es el espíritu de los artículos 150-19 y 335 constitucionales.

Adicionalmente, conviene referirse a la argumentación de uno de los demandantes en el sentido de que la orden para que las entidades estatales ejerzan “un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o los contratos de fiducia(...)”, corresponde a una atribución propia y exclusiva del presidente de la República, la cual “sólo por delegación suya podrá ser ejercida por otra autoridad pública”. Y agregan: “No puede el congreso contra el mandato de la Constitución

delegar la vigilancia en otra autoridad y menos aun imponer una nueva, creando funciones genéricas para las autoridades públicas”.

Al respecto, basta con afirmar que, para la Corte, la norma en comento no está creando una entidad pública nueva o está desconociendo las facultades delegación que el Estatuto Superior radica en cabeza del presidente de la República. Por el contrario: la disposición simplemente se está refiriendo -quizás reiterando- que las entidades estatales, que de conformidad con la Constitución y la ley sean competentes para vigilar a las sociedades fiduciarias y a los particulares que manejen recursos provenientes del público, procedan a hacerlo. Tal es el caso, por ejemplo, de la Superintendencia Bancaria -cuyas atribuciones las recibe por delegación del presidente de la República, según lo prescriben los artículos 189-24 y 211 de la Carta Política- y de la Contraloría General de la República, según se colige de lo dispuesto por el artículo 267 constitucional.

Por las anteriores razones, la Corte Constitucional considera que la normatividad demandada no transgrede los artículos 150-19-f), 158 y 189-24 de la Carta Política, y, por ende, así habrá de declararlo.

2.4. Cuarto cargo: la normatividad acusada viola el derecho fundamental a la igualdad, al establecer mayores requisitos y limitaciones a las sociedades fiduciarias que a las demás entidades que hacen parte del sistema financiero.

Sobre el particular, los demandantes señalan que las restricciones contenidas en el numeral 5o. del artículo 32 referido, tales como la determinación de que el contrato de fiducia tendrá por objeto la administración de los recursos vinculados a los contratos que celebren las entidades estatales, la obligación de celebrar dicho contrato a través de licitación o concurso, la prohibición de que las entidades estatales puedan delegar la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo fiduciario, y la excepción contenida en el párrafo primero del citado artículo para que las demás compañías financieras puedan contratar -dentro del giro ordinario de sus negocios- sin someterse a lo dispuesto en la normatividad en comento, constituye una violación evidente al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Agregan ellos que al encontrarse todas las entidades pertenecientes al sistema financiero en una misma situación de hecho -captar y manejar recursos provenientes del público-, no resulta apropiado establecer las limitaciones mencionadas tan sólo a las sociedades fiduciarias, permitiendo que las otras entidades puedan colocarse en una situación más ventajosa en términos de la libre competencia que la misma Constitución obliga a respetar (art. 333 C.P.).

El argumento de los actores parte de una premisa incorrecta, ya que la Corte, al establecer la distinción necesaria entre la discriminación y la diferenciación, a propósito del derecho fundamental a la igualdad, ha

señalado que la identidad del género -en este caso, la captación y manejo de recursos provenientes de los asociados- no supone la identidad de las especies -es decir, de cada una de las entidades encargadas de cumplir, de acuerdo con su objeto social, la referida función-, pues éstas, por naturaleza, son distintas entre sí⁸. Ahora bien, si se le niega a través de una ley o de un acto jurídico determinado una facultad inherente al género, se trata, ahí sí, de una discriminación; pero si a una de sus especies se le da un tratamiento jurídico específico, de acuerdo con su naturaleza especial, hay una diferenciación proporcionada que no afecta, entonces, la esencia misma del género, lo cual, además, se encuentra autorizado por el mismo artículo 13 de la Constitución.

Para el caso bajo examen, debe decirse que esta Corte no encuentra discriminación alguna en la regulación de la fiducia pública, pues del texto acusado se desprende que frente a este tipo de contrato, todas las personas que quieran contratar con el Estado deben someterse a unas mismas condiciones y exigencias, es decir, deben estar previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, deberán concursar o participar en la licitación, no podrán transferir la propiedad de los contratos ni constituir un patrimonio autónomo con los recursos del Estado, etc. Así, no se observa que una determinada persona goce de mayores prerrogativas frente a otras o que se encuentre en una posición ventajosa -en términos de libre competencia- en caso de celebrar una fiducia pública.

El hecho de que las sociedades fiduciarias tengan entre sus principales intereses el de contratar con el Estado y que la celebración del contrato de fiducia pública sea, según su entender, engorrosa e impráctica, no significa que se atente contra el derecho a la igualdad de dichas entidades. En efecto, ellas podrán seguir celebrando contratos de fiducia mercantil y, respecto del contrato de fiducia pública, se encuentran en iguales condiciones para contratar que cualquier otra entidad del sistema financiero. Por lo demás, el hecho de que este tipo de compañías tengan como objeto exclusivo el de la fiducia, no puede ser argumento suficiente para que la Corte entienda que se está en presencia de un trato discriminatorio. Por ello, la exclusión de que trata el parágrafo del artículo acusado, no contiene una desigualdad; simplemente permite a las demás empresas manejar ordinariamente sus negocios, lo que no se traduce en que ellas gocen de privilegios a la hora de celebrar el contrato en mención.

Finalmente, debe esta Corporación insistir en la autonomía e independencia que la Carta Política le otorga al Congreso de la República para regular un contrato administrativo. En esos términos, la Corte entiende que el establecer requisitos respecto de la fiducia pública, como la prohibición de delegar contratos o la necesidad de convocar siempre a un concurso o a una licitación, entre otros, apuntan al querer del legislador de garantizar una transparencia y una igualdad de todos los interesados en contratar con el

⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias Nos. C-221/92 y T-122/93

Estado, para que todos ellos, incluidas las sociedades fiduciarias y demás entidades del sistema financiero, se sometan a unas mismas circunstancias y condiciones.

Los argumentos precedentes resultan suficientes para que esta Corte considere que la normatividad acusada no vulnera el derecho a la igualdad o el derecho a la libre competencia de los interesados en celebrar un contrato de fiducia pública.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor viceprocurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

Declarar **EXEQUIBLES** los apartes acusados del numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, salvo el inciso primero de la citada normatividad, que se declara **INEXEQUIBLE**.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Presidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO
Conjuez

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado Ponente

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General