



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: **Gustavo Aponte Santos**

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil cinco
(2005).

Radicación número 1.705

Referencia: Patrimonios autónomos. Administración del pasivo pensional de ECOPETROL S.A.. Contratos de fiducia mercantil. Rendimientos financieros y comisión fiduciaria. Certificados de disponibilidad presupuestal y autorización de vigencias futuras para la entidad estatal contratante.

Los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, y de Minas y Energía, Luis Ernesto Mejía Castro, formulan a la Sala una consulta relacionada con el manejo presupuestal de los patrimonios autónomos destinados a cubrir el pasivo pensional de ECOPETROL S.A.

1. ANTECEDENTES

Los Ministros exponen los siguientes antecedentes de la consulta:

“En aplicación de lo previsto en el Decreto 2153/99, la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL- ha constituido varios Patrimonios Autónomos de Garantía y Fuente de Pago del pasivo pensional de la Empresa, los cuales son administrados por diversas Sociedades Fiduciarias. Los contratos suscritos se

encuentran próximos a vencerse y la Empresa debe proceder a contratar nuevamente la administración de dichos recursos (...).

En cuanto a la naturaleza jurídica de dichos patrimonios, los Decretos 2153/99 y 941/02 son claros en señalar que se trata de una figura claramente diferenciada del encargo fiduciario y de la fiducia pública de que trata el artículo 32 de la ley 80 de 1993. En efecto, se trata de un contrato de fiducia mercantil regulado por el párrafo 2 del artículo 41 de la ley 80 de 1993, al cual la Corte Constitucional y la doctrina de la H. Sala de Consulta y Servicio Civil (ver por ejemplo la sentencia C-086/95 y los conceptos 1074 de 1998 y 1614 de 2004) han reconocido una naturaleza jurídica propia, regida por el Código de Comercio y por las disposiciones especiales aplicables”.

Manifiestan que encuentran ciertas diferencias en materia presupuestal, entre los contratos de fiducia pública y los de fiducia mercantil (de los que se derivan los patrimonios autónomos), para lo cual citan diversas normas de la ley 80 de 1993 y los decretos 1550 de 1995 y 941 de 2002 y finalmente, algunos apartes de los mencionados Conceptos de la Sala.

2. INTERROGANTES

Los interrogantes presentados son los siguientes:

“1. Teniendo en cuenta que los recursos transferidos al patrimonio autónomo se entienden ejecutados con su entrega al administrador, y que los rendimientos financieros pertenecen al patrimonio autónomo, ¿está obligada ECOPETROL a presupuestar tanto el ingreso por los rendimientos financieros como el gasto resultante de las comisiones de administración? ¿Si esta obligación no corresponde a ECOPETROL, quién debe realizar dicha presupuestación?

2. En concordancia con lo anterior, ¿aplican a este patrimonio las disposiciones relacionadas con certificado de disponibilidad presupuestal y autorización de vigencias futuras contenidas en las leyes 80/93 y 819/03? ¿Si tales disposiciones no tienen aplicación, cuáles serían los requisitos de ejecución del contrato, para los fines previstos en el inciso 2º del artículo 41 de la Ley 80/93?

3. En caso de que deba obtenerse la autorización de vigencias futuras antes mencionada, ¿cuál sería la base para calcular el 15% de que trata el literal b) del artículo 10 de la ley 819 de 2003?

3. CONSIDERACIONES

3.1 Los patrimonios autónomos derivados de los contratos de fiducia mercantil.

La parte final del inciso segundo del párrafo 2º del artículo 41 de la ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública”, dispone lo siguiente:

“Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir **patrimonios autónomos** con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, **lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales**” (Resalta la Sala).

Esta norma establece, de manera expresa, en el mismo estatuto de contratación estatal, una excepción legal a la obligación de las entidades estatales de utilizar los servicios fiduciarios solamente mediante las modalidades de encargos fiduciarios o contratos de fiducia pública, conforme al artículo 32-5 del estatuto, por cuanto contempla la posibilidad de constituir patrimonios autónomos, los cuales se derivan necesariamente de la celebración de contratos de fiducia mercantil.

En efecto, la existencia del patrimonio autónomo es una de las características esenciales del contrato de fiducia mercantil, que conjuntamente con la de la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos, lo diferencia de los demás.

Así, el artículo 1226 del Código de Comercio establece:

“Artículo 1226.- 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 este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. (...).”

Y luego, el artículo 1233 del mismo Código dispone:

“Artículo 1233.- Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, **y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo**” (Destaca la Sala).

Precisamente sobre la noción del patrimonio autónomo, que surge de este contrato, el tratadista Sergio Rodríguez Azuero explica:

“Aparte de la teoría de la afectación, (el Código) considera los bienes recibidos en fideicomiso como formando un patrimonio autónomo o afectado a una finalidad, en términos que no pueda confundirse con los bienes del fiduciario. Este principio se traduce en varias notas características.

1. Bienes separados del resto del activo.

La separación exigida es sobre todo contable y busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad. Supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos con indicaciones precisas sobre el constituyente, el beneficiario, etc., en forma que no quede ninguna duda sobre la manera como están constituidos los incrementos recibidos, los cargos hechos, etc.

2. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario.

En varios lugares hemos afirmado que el patrimonio de un deudor constituye prenda general a favor de sus acreedores. Aunque se haya producido un ingreso de nuevos bienes cuya titularidad radica en cabeza de la entidad fiduciaria, la aplicación de la autonomía del patrimonio conduce a sostener que sus acreedores no pueden prevalerse de tal incremento ni perseguir los bienes respectivos, porque, y aquí podríamos volver al derecho inglés, mientras el fiduciario aparece como propietario legal, otros figuran realmente como beneficiarios de tales derechos. No hay riesgo, para el fiduciante ni para el beneficiario pues las vicisitudes económicas que pueda sufrir la entidad fiduciaria no comprometerán la suerte de los bienes recibidos.

3. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante.

Haciendo un paralelo con el caso anterior, la transferencia de los bienes hecha por el fiduciante al separarlos de su patrimonio impide a sus acreedores perseguirlos con una excepción, en el caso de Colombia, que si en cierta manera desmejora o morigera el alcance del principio sobre la autonomía patrimonial, se explica para evitar la constitución de fideicomisos en fraude de acreedores. Tal excepción, frecuentemente criticada, consiste en que los bienes responden por las obligaciones contraídas por el fiduciante con anterioridad a la constitución del fideicomiso (...). Pero, salvo esta posibilidad, existen ventajas indudables a favor del fiduciante con la aplicación del principio. Tómese el caso de un acomodado hombre de negocios que trabaja, sin embargo, en una actividad de alto riesgo, quien para evitar comprometer en el futuro la totalidad de su patrimonio transfiere una parte a una entidad fiduciaria con el fin de constituir una reserva, proveer a la educación de sus hijos o cualquier otro similar. Si tal trastorno económico le sobreviene más tarde las acreencias que entonces puedan originarse no conferirán a sus titulares derecho alguno sobre los bienes transferidos en fideicomiso.

4. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomisario.

Si el fideicomisario no es propietario y de ordinario, tiene, a lo más, una expectativa sobre la transmisión de los bienes y/o recibe sus frutos en forma

periódica, sus acreedores no pueden pretender derecho alguno sobre los bienes en fideicomiso aunque, desde luego, sí les cabe embargar los frutos producidos por ellos que le estén destinados. En este último supuesto porque se trata de derechos patrimoniales en su cabeza que por tal razón responden por las acreencias a favor de terceros”¹.

Ahora bien, en el caso de ECOPETROL hay un estatuto normativo especial para la asunción de su pasivo pensional, mediante la constitución de patrimonios autónomos, el decreto 2153 de 1999, y uno supletivo, el decreto 941 de 2002, por lo cual es procedente hacer referencia a ellos.

3.2 El decreto 2153 de 1999, especial para el manejo del pasivo pensional de ECOPETROL.

El decreto 2153 del 4 de noviembre de 1999, “Por el cual se reforman los sistemas y procedimientos contables y financieros utilizados para el manejo del pasivo pensional de la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL”, y dictado en desarrollo del artículo 54 de la ley 489 de 1998, dispone en su artículo 1º lo siguiente:

“Artículo 1º.- A partir de la vigencia del presente decreto la administración y el manejo de los recursos para el pago del pasivo pensional de ECOPETROL **estarán a cargo de uno o de varios patrimonios autónomos, que servirán como garantía y fuente de pago del pasivo pensional contraído por la empresa.**

Para tales efectos la Empresa deberá constituir en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la publicación del presente decreto **el patrimonio o patrimonios autónomos correspondientes, de conformidad con lo estatuido en el parágrafo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.**

En desarrollo de lo anterior, **ECOPETROL celebrará con entidades autorizadas los contratos necesarios para la constitución y administración del patrimonio o patrimonios autónomos.**(...)

Parágrafo primero.- ECOPETROL deberá observar al momento de constituir el patrimonio o patrimonios autónomos los principios, reglas y obligaciones **que se establecen en el presente decreto.**

Parágrafo segundo.- El pago de las obligaciones pensionales a cargo de ECOPETROL será realizado con cargo **a los recursos administrados por el patrimonio o patrimonios autónomos que se constituyan, de acuerdo con los contratos que para el efecto celebre la empresa”** (Resalta la Sala).

Como se advierte, el decreto reglamenta lo dispuesto en el parágrafo 2º del

¹ Sergio Rodríguez Azuero. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Tercera edición. FELABAN, Bogotá, 1985, págs. 636 y 637.

artículo 41 de la ley 80 de 1993, sobre la formación de patrimonios autónomos para el pago de pasivos pensionales, en el caso específico de ECOPETROL, señalando las reglas que debe cumplir la empresa para la celebración de los contratos y constitución de los patrimonios autónomos, la inversión de los recursos, los controles, la estructura para el manejo de los fondos y otras medidas que buscan el objetivo de garantizar el pago de las pensiones a cargo de la empresa.

Es así, como el artículo 10 del decreto 2153 establece como obligación de ECOPETROL celebrar los contratos de fiducia mercantil de administración y pago para los correspondientes patrimonios autónomos, por un plazo de cinco (5) años, prorrogables. Dice así este artículo:

“Artículo 10.- De conformidad con lo estatuido en el párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, ECOPETROL celebrará con entidades autorizadas para el efecto, los contratos necesarios para la constitución y administración del patrimonio o patrimonios autónomos por el término de cinco (5) años. En todo caso vencido el plazo de los contratos iniciales, ECOPETROL deberá proceder a constituir nuevamente el patrimonio o patrimonios autónomos siguiendo los principios, reglas y obligaciones establecidos en el presente decreto, **por un término de cinco (5) años** y así sucesivamente hasta que se extingan las obligaciones derivadas del pasivo pensional contraído por la empresa”. (Resalta la Sala).

Por su parte, los artículos 3° a 5° del decreto determinan que habrá un período de fondeo de ocho (8) años, comprendido entre el 2000 y el 2007, con aportes anuales de ECOPETROL, de modo que para el año 2007 se haya acumulado un capital igual al setenta por ciento (70%) del pasivo pensional de la Empresa a 31 de diciembre de 1998.

Con los recursos de los patrimonios autónomos se pagarán las obligaciones pensionales a cargo de ECOPETROL a partir del año 2008 hasta la extinción de las mismas, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Empresa de trasladar a dichos patrimonios la administración y pago de las obligaciones pensionales a favor del personal jubilado cuyo pago se haga exigible durante el período de fondeo, caso en el cual la Empresa deberá girar a esos patrimonios, además de los aportes anuales, las sumas necesarias para cubrir tales obligaciones.

Ahora bien, el inciso primero del artículo 6° del decreto 2153 de 1999 contiene una disposición importante para la presente consulta. Dice así:

“Artículo 6°.- Formarán parte del patrimonio o patrimonios autónomos los aportes de que tratan los artículos Tercero, Cuarto y Quinto del presente decreto, **conjuntamente con los rendimientos financieros netos que produzcan dichos aportes”** (Destaca la Sala).

Como se aprecia, esta norma señala que tanto los aportes como sus rendimientos integran los patrimonios autónomos y por tanto, hay que destacar que los rendimientos acrecen los recursos de estos fondos, consecuencia plenamente compatible con un contrato de fiducia de naturaleza mercantil.

Adicionalmente, la norma habla de rendimientos financieros “netos”. Esto significa que son aquellos que quedan después de descontar los gastos de administración, vale decir, la comisión de la sociedad fiduciaria administradora del respectivo patrimonio autónomo, de manera que se encuentra perfectamente admisible que con cargo a los rendimientos se pague la correspondiente remuneración o comisión fiduciaria, lo cual es una práctica usual en los contratos de fiducia mercantil.

Así mismo, es importante resaltar que el decreto 2153 de 1999, con el fin de asegurar que el patrimonio o patrimonios autónomos constituidos cumplan con su objeto de servir como garantía y fuente de pago del pasivo pensional de ECOPETROL, creó un sistema de manejo y control sobre las inversiones que realizan las sociedades administradoras de los recursos depositados en dichos patrimonios autónomos. Ese sistema consiste básicamente en: a) unas limitantes al manejo de las inversiones, b) la fijación por la Junta Directiva de ECOPETROL de los lineamientos para las inversiones y c) el cumplimiento de las instrucciones de inversión impartidas por un Comité Administrador.

a) Control a través de restricciones de manejo.

En cuanto a las restricciones establecidas, el decreto señala que el fiduciario no podrá invertir en títulos valores u obligaciones emitidas, avaladas o garantizadas por Ecopetrol o sus filiales, ni en títulos emitidos en desarrollo de procesos de titularización en los que Ecopetrol o sus filiales actúen como agente originador. Limita las inversiones al 5% del valor del patrimonio o patrimonios autónomos en títulos valores u obligaciones emitidas, avaladas o garantizadas por el mismo emisor, y circunscribe a un 10% las inversiones de una sola emisión de títulos valores u obligaciones. Igualmente, indica que las inversiones del patrimonio o patrimonios autónomos serán valoradas a precios de mercado, de acuerdo con la legislación vigente. (Cf. Artículo 11 decreto 2153 de 1999).

b) Control por parte de la Junta Directiva de ECOPETROL.

La Junta Directiva además de sus funciones generales de orientación y control de la empresa, ejerce, en virtud del decreto, una especie de control previo que

se efectúa a través de la aprobación de los términos de referencia que se utilizan para la selección de la entidad Fiduciaria y de la minuta del contrato. (Artículo 12). Como se anticipó, ésta fija periódicamente los lineamientos para las inversiones, lo que implica que la Fiduciaria debe someterse a las instrucciones del fideicomitente para administrar los recursos del patrimonio autónomo, es decir, la empresa mantiene un control sobre dichas operaciones indicando la forma en que deben efectuarse e instruyendo a los delegados de la empresa en el Comité de Administración para que den cumplimiento a los parámetros por ella fijados.

“Artículo 13. La Junta Directiva de Ecopetrol se encargará de fijar, con la periodicidad que considere conveniente, los lineamientos de inversión que deben aplicar las sociedades administradoras del patrimonio o patrimonios autónomos con el fin de asegurar que las inversiones que se realicen con los recursos mantenidos en el patrimonio o patrimonios autónomos, cumplan en su orden con las condiciones de seguridad, liquidez y rentabilidad requeridas para que el patrimonio cumpla su objeto de servir como garantía y fuente de pago del pasivo pensional de la empresa.

Los lineamientos de inversión que serán fijados periódicamente por la Junta Directiva de la empresa, **incluyen pero no se limitan** a: (i) duración del portafolio de inversiones del patrimonio o patrimonios autónomos, (ii) rotación de dicho portafolio de inversiones y (iii) liquidación de las inversiones. **Así mismo la Junta Directiva de Ecopetrol impartirá instrucciones a los delegados de la empresa en el Comité de Administración de que trata el siguiente artículo, para que se cumplan los lineamientos de inversión fijados por la junta Directiva y los demás parámetros establecidos en el artículo 11 del presente decreto.** (Resalta la Sala).

c) Control por parte del Comité de Administración.

El artículo 14 del decreto 2153 de 1999, prevé la creación de un Comité de Administración encargado de impartir las instrucciones de inversión, que a su vez, deben seguir los lineamientos fijados por la Junta Directiva.

“Artículo 14. Las inversiones que se realicen con cargo a los recursos mantenidos en el patrimonio(s) autónomo(s) se harán según las instrucciones de inversión que imparta periódicamente el Comité de Administración. El Comité de Administración estará integrado por cinco miembros, tres de los cuales serán delegados de Ecopetrol y designados por la junta directiva de la empresa. Los otros dos miembros serán designados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Las decisiones del Comité serán adoptadas con el voto de la mayoría de sus miembros y deberán contar con el voto favorable de los delegados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

(...)

Las instrucciones de inversión que sean impartidas por el Comité Administrador deberán seguir los lineamientos de inversión fijados por la Junta Directiva de Ecopetrol y cumplir con los parámetros establecidos en el artículo 10 del presente decreto". (Resalta la Sala).

Como se observa, el decreto 2153 constituye un cuerpo reglamentario integral para la constitución, manejo y control de los patrimonios autónomos bajo estudio, los cuales, como ya se explicó, corresponden a la modalidad de fiducia mercantil.

Por último, es bueno señalar que también la Contraloría General de la República puede ejercer los controles fiscales a su cargo sobre estos contratos.

3.3 El decreto 941 de 2002, supletivo para ECOPETROL en cuanto al manejo de su pasivo pensional mediante patrimonios autónomos.

El decreto 941 del 10 de mayo de 2002, "Por el cual se adoptan unas medidas de intervención y se reglamentan parcialmente el artículo 41 de la Ley 550 de 1999, el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 283 de la Ley 100 de 1993", establece que es de aplicación supletiva para ECOPETROL, en cuanto no haya norma prevista en su régimen especial. Así lo señala el primer inciso del artículo 19:

"Artículo 19.- Aplicación a otros patrimonios autónomos.- Este decreto se aplicará también a los patrimonios autónomos que deben constituirse para la garantía o pago de pasivos pensionales a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, y las entidades territoriales y sus descentralizadas, **en aquellos aspectos no previstos en las disposiciones especiales que los rigen.** En todo caso, estas entidades podrán optar por constituir **patrimonios autónomos pensionales o patrimonios autónomos de garantía,** o adaptar los patrimonios que hubiesen constituido previamente a los mecanismos de normalización pensional previstos en el presente decreto" (Resalta la Sala).

Otras disposiciones a resaltar son:

El artículo 4º del decreto señala que los administradores pueden ser sociedades fiduciarias o administradoras de fondos de pensiones o aún consorcios o uniones temporales conformados por tales entidades, y deben cumplir con determinada calificación financiera y un margen de solvencia especial, de acuerdo con los artículos 5º y 7º, respectivamente, los cuales disponen:

“Artículo 5º.- Requisitos de los administradores.- Con el fin de asegurar una adecuada administración de los recursos destinados al pago de las obligaciones pensionales, los empleadores deberán exigir a las entidades administradoras una calificación en la actividad de administración de inversiones, emitida por una entidad calificadora de riesgos, que no podrá ser inferior a doble A menos (AA-) o su equivalente. **Dicha calificación deberá ser mantenida durante todo el término de vigencia del contrato**“ (Destaca la Sala).

“Artículo 7º.- Margen de solvencia .- En materia de margen de solvencia, las entidades administradoras de los patrimonios autónomos pensionales estarán sometidas a las normas contenidas en el decreto 1797 de 1999 y a aquellas que lo modifiquen o adicionen. **Dichas disposiciones se aplicarán a todos los contratos que celebren las sociedades fiduciarias y las sociedades administradoras de fondos de pensiones para la administración de recursos destinados a la garantía o pago de obligaciones pensionales de cualquier naturaleza.**” (...) (Resalta la Sala).

Por su parte, el artículo 10º indica que estos patrimonios serán constituidos por las entidades empleadoras mediante un contrato irrevocable de administración cuyo primer beneficiario son “los trabajadores, ex trabajadores –en la medida en que estas dos categorías tengan derechos pensionales- y pensionados de la entidad y sus sobrevivientes, según el caso”.

Conviene destacar la norma presupuestal contenida en el artículo 6º del decreto 941 que, al hacer referencia al párrafo 2º del artículo 41 de la ley 80 de 1993, señala que para la selección de los administradores de los patrimonios autónomos, se deben tener en cuenta las disposiciones presupuestales y que la entrega de los recursos a la fiduciaria con destino al patrimonio autónomo, constituye, para la entidad estatal, la ejecución presupuestal de la respectiva partida. Dice así su primer inciso:

“Artículo 6º.- Selección de administradores por parte de las entidades estatales.- Para la selección de los administradores de los patrimonios autónomos por parte de la entidades estatales se aplicará lo establecido en el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, con sujeción a las disposiciones presupuestales. **Los recursos que se destinen al patrimonio autónomo deberán haber sido apropiados con dicho objeto y su entrega al patrimonio constituirá ejecución de la respectiva partida presupuestal**”.

Ahora bien, en la consulta se tocan tres aspectos de orden presupuestal respecto de estos patrimonios autónomos, que resulta necesario examinar.

3.4 La presupuestación del ingreso por rendimientos financieros al patrimonio autónomo y del gasto resultante de las comisiones de administración.

La consulta indica que teniendo como premisas que los recursos transferidos al patrimonio autónomo, se entienden ejecutados con su entrega a la sociedad administradora y que los rendimientos financieros pertenecen a dicho patrimonio, se indaga si es ECOPETROL quien debe presupuestar el ingreso de tales rendimientos y el gasto derivado de las comisiones de administración y si no, quién debe hacerlo.

Primero que todo es necesario indicar que la Empresa Colombiana de Petróleos, de acuerdo con el artículo 33 del decreto ley 1760 del 26 de junio de 2003, es en la actualidad, una sociedad pública por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y denominada ECOPETROL S. A.

Al ser una sociedad pública, se somete al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 38 de la ley 489 de 1998, y en tal virtud se le aplican las normas presupuestales que expresamente mencionen este tipo de empresas, conforme lo establece el último inciso del artículo 3º del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto compilador 111 de 1996.

En este orden de ideas, es claro que ECOPETROL debe presupuestar las apropiaciones correspondientes a los **aportes**² que está obligado a transferir a los patrimonios autónomos y de otra parte, para la celebración de los correspondientes contratos de fiducia mercantil, debe contar previamente con los **certificados de disponibilidad** presupuestal sobre dichos aportes³ y una vez celebrados, realizar los registros presupuestales⁴ respectivos para poder transferir los recursos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, 3º a 5º del decreto 2153 de 1999, y 6º y 19 del decreto 941 de 2002.

² Decreto 2153 de 1999, Artículo 4º: \$239.000 millones anuales aumentados de acuerdo con fórmula matemática allí consagrada. Igualmente el decreto prevé aportes adicionales esporádicos por ajustes al cálculo matemático.

³ El artículo 19 del decreto reglamentario 568 de 1996 define el certificado de disponibilidad presupuestal en estos términos: “**Artículo 19.- El certificado de disponibilidad** es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos./ Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. (...)”.

⁴ El artículo 20 del decreto reglamentario 568 de 1996 define así el registro presupuestal: “**Artículo 20.- El registro presupuestal** es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar”.

Por su parte, en lo referente a los **rendimientos financieros** del patrimonio autónomo que ingresan a éste y el valor de las **comisiones** que se pagan a la sociedad fiduciaria con tales rendimientos, es claro que los primeros no constituyen ingresos de ECOPETROL, y las segundas no son egresos suyos, sino del mismo patrimonio autónomo.

Así las cosas, la **presupuestación** de ambos rubros corresponde al patrimonio autónomo, o mejor, a la sociedad fiduciaria que gestiona tal patrimonio, el cual es una cuenta separada e independiente, destinada a un fin determinado, por ECOPETROL como fideicomitente, en este caso, cubrir el pasivo pensional de la Empresa. Ese patrimonio autónomo debe tener entonces su propio presupuesto y su propia contabilidad.

No obstante lo anterior, es necesario observar que ECOPETROL, esta obligado para efectos tributarios, a contabilizar como utilidades tales rendimientos netos. Así lo dispone el artículo 9° del decreto 2153 de 1999:

“Artículo 9°.- ECOPETROL contabilizará como utilidades los rendimientos financieros netos que generen los aportes efectuados por la Empresa al patrimonio o patrimonios autónomos, que quedarán para efectos impositivos en cabeza de ECOPETROL, sin perjuicio de las obligaciones legales establecidas para las entidades que administran esta clase de patrimonios de llevar contabilidad separada e independiente para los mismos”.

Con respecto a esta norma, la Sala precisa que ella se contrae al proceso contable y no al proceso de presupuestación. Su finalidad específica es la de colocar dichos rendimientos netos en cabeza de ECOPETROL **“para efectos impositivos”**, es decir, para asuntos tributarios exclusivamente, por lo cual no se demeritan las conclusiones sobre presupuestación de aportes, rendimientos y comisiones expuestas en este capítulo.

3.5 La aplicación de las normas sobre disponibilidad presupuestal y los requisitos de ejecución de los contratos de fiducia mercantil.

La Sala considera necesario diferenciar el fenómeno de la aplicación de la normatividad contractual presupuestal, de un lado, frente a los patrimonios autónomos y de otro, a ECOPETROL como fiduciante.

a) A los patrimonios autónomos derivados de contratos de fiducia mercantil no se les aplican en su operación las disposiciones sobre disponibilidad presupuestal y autorización de vigencias futuras. En efecto, como ya se dijo, los patrimonios autónomos consisten en una suma de dinero o un conjunto de

bienes que es manejado por la sociedad fiduciaria con contabilidad separada e independiente de los demás fideicomisos y de su propio patrimonio, pero no constituyen una persona jurídica, ni son entidades públicas así sean conformados inicialmente por aportes públicos, ni son tampoco Secciones del Presupuesto Nacional, en los términos del artículo 110 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, de manera que pudiera decirse que estén sometidos a esa normatividad. Adicionalmente, su propia naturaleza implica la transferencia del derecho de dominio por lo que los bienes salen del patrimonio del fiduciante público quedando afectados a una destinación específica irreversible hasta que se cumpla la finalidad prevista. Su gestión y manejo se somete, en fin, a una normatividad propia y diferente a la de los bienes que conserva el fiduciante público.

b) Cosa distinta ocurre con ECOPETROL, pues a él sí se le aplican las normas sobre disponibilidad presupuestal antes de la celebración de los respectivos contratos, como quedó dicho, y también las relativas a las vigencias futuras, tema que se analizará en el capítulo siguiente.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos de ejecución del contrato de fiducia mercantil, según lo solicita la segunda pregunta de la consulta, ellos no son otros que los establecidos en el inciso segundo del artículo 41 de la ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Artículo 41.- Del perfeccionamiento del contrato (...)

Para la **ejecución** se requerirá de la aprobación de la **garantía** y de la existencia de las **disponibilidades** presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica de presupuesto”. (resalta la Sala)

Cabe aclarar que hay una imprecisión en cuanto se señala “las disponibilidades presupuestales”, pues en tratándose de la ejecución del contrato, se supone que éste ya está celebrado y no se requiere el certificado de disponibilidad presupuestal que es previo, sino el **registro** presupuestal de los aportes que la Empresa transfiere al patrimonio autónomo.

Por último, es necesario anotar que la sociedad fiduciaria durante toda la ejecución del contrato, debe mantener la calificación financiera y el margen de solvencia exigido, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 5º y 7º del decreto 941 de 2002, transcritos en el capítulo 3.3.

3.6 La autorización para las vigencias futuras y el cálculo del 15%.

La regulación de las vigencias futuras⁵, en la actualidad, se encuentra contenida básicamente, en los artículos 10 y 11 de la ley 819 del 9 de julio de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”. El artículo 10° se refiere a las vigencias futuras ordinarias y el 11 a las excepcionales.

Así las cosas, si ECOPETROL va a celebrar un contrato de fiducia mercantil para la constitución de patrimonios autónomos en materia pensional, por un período mayor al de una vigencia fiscal (se recuerda que el artículo 9° del decreto 2153 de 1999 señala un plazo de cinco años, prorrogables), requiere efectuar el trámite correspondiente a las vigencias futuras ordinarias, conforme al artículo 10 de la ley 819.

Al efecto, conviene observar la parte pertinente de la norma:

“Artículo 10.- Vigencias futuras ordinarias.- El artículo 9° de la Ley 179 de 1994 quedará así:

El CONFIS podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:

(...)

b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;

(...)

La autorización por parte del CONFIS para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el CONPES previamente los declare de importancia estratégica.

Esta disposición también se aplicará a las entidades de que trata el artículo 9° de la presente ley⁶. El Gobierno reglamentará la materia.

(...)

Parágrafo.- Estas funciones podrán ser delegadas por el CONFIS en la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el caso de los órganos que componen el Presupuesto General de la Nación **y en las juntas o Consejos Directivos en el caso de las**

⁵ El doctor Mario Mejía Cardona señala: “Las vigencias futuras se desprenden de la autorización constitucional de incluir en los planes de inversiones los presupuestos plurianuales, de tal forma que éstas son las autorizaciones que se le otorgan al ejecutor del presupuesto para atender compromisos del Estado, que por su naturaleza requieren de su realización en varias vigencias fiscales (...)” (El Laberinto Fiscal. ESAP, Bogotá, 2002, pág. 282).

⁶ El artículo 9° de la ley 819 de 2003 se refiere a las empresas o sociedades donde la Nación o sus entidades descentralizadas tengan una participación en su capital social superior al cincuenta por ciento (50%).

entidades de las que trata el numeral 4 del artículo 10 de la Ley 179 de 1994⁷. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

En caso de existir tal delegación, quien sea delegado por el CONFIS presentará un informe trimestral a dicho Consejo sobre las vigencias futuras autorizadas en el trimestre inmediatamente anterior” (Resalta la Sala).

La remisión que hace esta norma orgánica al artículo 9º de la ley, que se refiere a las empresas o sociedades donde la Nación o sus entidades descentralizadas tengan una participación en su capital social superior al 50%, obliga a ECOPETROL a solicitar la correspondiente autorización de las vigencias futuras al CONFIS, o si éste ha delegado la función en la Junta Directiva, a ella, conforme al párrafo del artículo, el cual alude a las empresas industriales y comerciales del Estado.

En cuanto al 15% de apropiación actual necesaria para presentar la solicitud, se observa que la norma habla “de las vigencias futuras que se soliciten”, de lo cual se deduce que este porcentaje se debe calcular sobre el valor de la parte del contrato correspondiente a tales vigencias.

4. LA SALA RESPONDE

1. ECOPETROL no está obligada a presupuestar los rendimientos financieros que ingresan a cada patrimonio autónomo, ni el valor de las comisiones de administración de la respectiva sociedad fiduciaria, las cuales son pagadas con cargo a dichos rendimientos. El estimativo de los rendimientos y las comisiones debe efectuarlo la sociedad fiduciaria en el sistema presupuestal y contable correspondiente al patrimonio autónomo. Sin embargo, para efectos impositivos ECOPETROL deberá contabilizar los rendimientos netos de los aportes al patrimonio autónomo en su utilidad.

2. Sobre la aplicación de normas de procedimiento contractual presupuestal se responde:

a) ECOPETROL, antes de celebrar cada contrato de fiducia mercantil, debe contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal sobre los recursos a transferir a los patrimonios autónomos. Si afecta vigencias futuras, debe tener la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, o de su Junta Directiva, si el CONFIS le ha delegado esta facultad. Los requisitos de ejecución de cada contrato de fiducia celebrado, son los

⁷ El numeral 4º del artículo 10 de la ley 179 de 1994 menciona a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas dedicadas a actividades no financieras.

señalados en el inciso segundo del artículo 41 de la ley 80 de 1993, y para el fiduciario la conservación de la calificación financiera y el margen de solvencia, de acuerdo con los artículos 5° y 7° del decreto 941 de 2002.

b) A los patrimonios autónomos derivados de los contratos de fiducia mercantil, no les corresponde obtener los certificados de disponibilidad presupuestal sobre los aportes ni la autorización de vigencias futuras que expide el CONFIS, por cuanto las normas que las establecen se aplican a la entidad estatal contratante, en este evento, ECOPETROL.

3. El quince por ciento (15%), de que trata el literal b) del artículo 10 de la ley 819 de 2003, se calcula sobre el valor de la parte del contrato correspondiente a las vigencias futuras que se soliciten.

Transcribese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Pasan firmas

GUSTAVO E. APONTE SANTOS
Presidente de la Sala

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE

LIDA YANNETTE MANRIQUE
Secretaria de la Sala