

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Auto Interlocutorio No. 924

Proceso No. 76001-33-33-008-2017-00291-00
Convocante: Municipio de Yumbo
Convocado: Alianza Fiduciaria S.A.
Asunto: Conciliación Extrajudicial

I. ANTECEDENTES

Procede este Despacho a resolver sobre el acuerdo conciliatorio extrajudicial, logrado entre el Municipio de Yumbo y Alianza Fiduciaria S.A., por valor de cuatro millones quinientos cincuenta y tres mil ochocientos setenta y siete pesos M/cte. (\$4.553.877), por concepto de no pago de la factura No. 3853 del 20 de abril de 2017, con cuenta de cobro No. 201707-450 del 31 de julio de 2017, expedidas en razón al Contrato No. 110-10-03-360 suscrito entre las partes el 10 de marzo de 2016.

La solicitud de conciliación fue presentada por el Doctor Jesús Miller Díaz Arboleda, Secretario del Despacho Jurídico de la parte convocante, correspondiéndole por reparto a la Procuraduría 57 Judicial I para asuntos Administrativos de Santiago de Cali, quien avocó el trámite y celebró la audiencia.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El Consejo de Estado ha establecido en reiterada Jurisprudencia, los siguientes requisitos para la aprobación de las conciliaciones extrajudiciales:

- a) La debida representación de las personas que concilian.
- b) La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c) La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d) Que no haya operado la caducidad del medio de control.
- e) Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente probado en la actuación.
- f) Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público ni a la Ley. (Artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

Procede el Despacho a determinar en el acuerdo conciliatorio extrajudicial efectuado por las partes, si se cumplen los presupuestos anteriormente enunciados y que son de imperativo cumplimiento; a fin que ésta Operadora Judicial pueda avalar el acuerdo.

↓ REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES Y CAPACIDAD O FACULTAD PARA CONCILIAR

En virtud de las facultades de que trata el artículo 77 del C.G.P., se analiza si las partes cuentan con ellas para disponer sobre los derechos litigiosos de sus poderdantes.

La parte convocante, aportó el poder general conferido por el señor Alcalde del Municipio de Yumbo, al doctor Jesús Miller Díaz Arboleda, en calidad de Secretario del Despacho Jurídico del Ente Territorial; quién a su vez otorgó poder especial a la abogada Mariam Maya Rodríguez, que fue revestida de facultad expresa para conciliar, con los soportes necesarios. (fl. 4-10 y 176-185)

La parte convocada, fue representada por la Abogada Sandra Bonilla Giraldo, quien actúa como Representante Legal para Asuntos Judiciales y está revestida de facultad para conciliar, de conformidad con el certificado de la Superintendencia Financiera de Colombia. (fl. 174)

↓ MATERIA SOBRE LA CUAL VERSÓ EL ACUERDO

Las partes afirmaron conciliar de la siguiente manera:

Reconocimiento y pago de cuatro millones quinientos cincuenta y tres mil ochocientos setenta y siete pesos M/cte. (\$4.553.877), por concepto de la Factura No. 3853 del 20 de abril de 2017, con Cuenta de Cobro No. 201707-450 del 31 de julio de 2017, que corresponde a comisiones adeudadas en los

meses de enero y febrero de 2017, en virtud del Contrato No. 110-10-03-360 de encargo fiduciario suscrito entre la parte convocante y convocada.

El pago se realizará dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto de aprobación que sea proferido por el Juez Administrativo a quien corresponda el control judicial del acuerdo, suma que está respaldada en la disponibilidad presupuestal No. 20171708 del 18 de agosto de 2017.

↓ LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

El objeto de análisis se contrae al pago de la Factura No. 3853 del 20 de abril de 2017, con Cuenta de Cobro No. 201707-450 del 31 de julio de 2017, que corresponde a comisiones adeudadas en los meses de enero y febrero de 2017, en virtud del Contrato No. 110-10-03-360 de encargo fiduciario suscrito entre el Municipio de Yumbo y Alianza Fiduciaria S.A.

La parte convocante, refiere que, en caso de improbarse la conciliación prejudicial, el medio de control a incoar sería el de controversias contractuales.

Respecto al término de presentación de la demanda, el artículo 164 numeral 2 literal j) de la ley 1437 de 2011, dispone:

"Art. 164 - La demanda deberá ser presentada:

(...)

"j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento..."

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que en este caso no ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad, teniendo en cuenta que lo conciliado corresponde al pago de la Factura No. 3853 del 20 de abril de 2017 y que la solicitud de conciliación se elevó el día 24 de agosto de 2017, es decir antes de superado el término de los dos años que establece la Ley.

↓ RESPALDO PROBATORIO DE LO RECONOCIDO

La conciliación materia de análisis, versa sobre el reconocimiento de las actividades desarrolladas por Alianza Fiduciaria S.A., en los meses de enero y febrero de 2017, en virtud del Contrato No. 110-10-03-360 suscrito con el Municipio de Yumbo.

Así las cosas, se verifica por parte del Despacho, sí se cuenta con las pruebas mínimas necesarias que permitan determinar que la conciliación no resulta lesiva para el patrimonio público, violatoria de la Ley o los intereses del particular.

En el plenario obran entre otros documentos, los que a continuación se relacionan:

- Oficio No. 103.09.01.0086 del 2 de febrero de 2016, suscrito por el Secretario Jurídico del Municipio de Yumbo, por medio del cual se da concepto jurídico viable para la suscripción de un encargo fiduciario a través de la modalidad de contratación directa. (fl. 28-29)
- Informe de Evaluación de fechas 15 y 29 de febrero de 2016, de las cotizaciones enviadas por las entidades fiduciarias para contratar de manera directa la "constitución de un encargo fiduciario de administración, garantía, fuente de pagos y pagos, que se encargará del manejo de los recursos del Fondo Rotatorio de Valorización, entregados por el Municipio de Yumbo". (fl. 45 vlto.-46 y 52 vlto.-53)
- Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 20160846 del 29 de febrero de 2016, por valor de \$25.000.000, y con concepto: "constitución del encargo fiduciario para la administración de los recursos recaudados por conceptos valorización. VIAB. 2011-0144-6". (fl. 54)
- Resolución No. 076 del 3 de marzo de 2016 "por el cual se justifica la contratación directa de un encargo fiduciario que tiene por objeto la "constitución de un encargo fiduciario de administración, garantía, fuente de pagos y pagos, que se encargará del manejo de los recursos del Fondo Rotatorio de Valorización, entregados por el Municipio de Yumbo". (fl. 55-57)
- Registro de Disponibilidad Presupuestal No. 20160826 del 10 de marzo de 2016, por valor de \$24.820.344, con concepto: "contrato encargo fiduciario de admon. Garantía y fuente de pago 110.10.03.630-2016 (...)", y señalado como tercero: "Fiduciaria Alianza S.A.". (fl. 58 vlto.)

- Contrato No. 110-10.03-630 de 2016, suscrito entre el Municipio de Yumbo y Alianza Fiduciaria S.A, del que se destaca: (fl. 149-166).

“...CLAUSULA QUINTA: OBJETO Y FINALIDAD DEL CONTRATO:

Contratar un encargo fiduciario, de administración, garantía fuente de pago y pagos, que se encargue del manejo de los bienes del Fondo Rotatorio de Valorización entregados por el Municipio de Yumbo, quedando facultada la FIDUCIARIA para:

(...)

CLAUSULA VIGESIMA QUINTA: COSTOS Y GASTOS: Todos los costos, gastos y pagos, necesarios para el cumplimiento del objeto del presente contrato y los que se generen por su constitución, ejecución, desarrollo y disolución o liquidación, sean ellos de origen contractual o legal, al igual que la remuneración de la FIDUCIARIA serán a cargo del CONSTITUYENTE, quien se obliga a pagarla de conformidad con lo establecido en el presente contrato.

(...)

CLAUSULA VIGESIMA SEXTA: REMUNERACION: Por la realización de la gestión a su cargo, desde el momento de la suscripción del presente contrato y hasta la fecha de su liquidación final, la FIDUCIARIA cobrará a su favor una suma mensual fija e ininterrumpida equivalente a TRES SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (3SMMLV) por concepto de comisión fiduciaria. Esta comisión se liquidará y pagará mes vencido dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente al de su causación.

(...)

CLAUSULA VIGESIMA SÉPTIMA: DURACIÓN: El presente contrato tendrá la duración comprendida entre la fecha de cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de que trata la Cláusula Cuadragésima Sexta del presente contrato, hasta el 31 de marzo de 2017, con la adicionar en tiempo el término de duración del contrato si así las partes lo acuerdan por medio de contrato adicional u otro sí (...).”

- Otrosí No. 1 del Contrato No. 110-10.03-630 de 2016. (fl. 141-144).
- Acta de aprobación de la garantía única del Contrato No. 110-10.03-630, emitida el 5 de abril de 2016. (fl. 59).
- Decreto No. 142 del 1º de junio de 2016 “por medio del cual se designa a los miembros del comité de dirección del encargo fiduciario del Municipio de Yumbo Valle y se dictan otras disposiciones”. (fl. 124 vlto.-125).
- Resoluciones por medio de las cuales se reconoce, legaliza y ordena un pago a favor de Alianza Fiduciaria S.A., con ocasión de las actividades desarrolladas en el Contrato No. 110-10.03-630 de 2016. (fl. 61 vlto.-62, 63, 73, 77 vlto.-77, 91 vlto.-93, 95 vlto., 121 vlto., 128 vlto.-129, 136-138)
- Certificaciones expedidas por el Secretario de Infraestructura y Servicios Públicos de Yumbo, que dan fe de las actividades desarrolladas dentro del Contrato No. 110-10.03-630 de 2016, por Alianza fiduciaria, durante el año 2016. (fl. 62 vlto., 72 vlto., 77 vlto., 92 vlto., 115, 130)
- Actas de Reunión del Comité de Dirección del Encargo Fiduciario de Administración, Garantía y Fuente de Pago, “E.F. FONDO ROTATORIO VALORIZACIÓN YUMBO”. (fl. 70-72, 78 vlto.-79, 84 vlto.-85, 87, 112-114, 126-128)
- Certificado de existencia y representación de la Alianza Fiduciaria S.A. (fl. 168-171).
- Cuenta de Cobro No. 201707-450 de Alianza Fiduciaria S.A., por valor de \$4.553.876. (fl. 172-173, 187)
- Certificación expedida por la Presidente Delegada del Comité Fiduciario del Municipio de Yumbo, el 19 de octubre de 2017, en la cual se hace constar: (fl. 186)

“Que las actividades desarrolladas dentro del contrato No. 110-10-03-630 suscrito con ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y el MUNICIPIO DE YUMBO, se ejecutaron de acuerdo con el objeto del contrato y durante el periodo de enero 01 al 28 de febrero de 2017, se desarrollaron las siguientes actividades: recaudo de la contribución por valorización en 15 proyectos facturados según consta en el informe y extracto bancario del mes de noviembre de 2016.

Que efectivamente Alianza Fiduciaria S.A., se le debe la factura No. 201707-450 por un valor de cuatro millones quinientos cincuenta y tres mil ochocientos setenta y seis con sesenta centavos (\$4.553.876.70), se cancelará a través del certificado de disponibilidad presupuestal No. 20171708”

- Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 20171708 del 18 de agosto de 2017, por valor de \$4.553.877, y con concepto: "pago conciliación con la entidad Alianza Fiduciaria – Contrato 110.10.03.630". (fl. 13)
- Acta del Comité de Conciliación del Municipio de Yumbo No. 020, celebrada el día 18 de octubre de 2017, donde se dejó consignada la posición institucional de conciliar y reconocer a favor de Alianza Fiduciaria S.A. la Cuenta de Cobro No. 201707-450 del 31 de julio de 2017, en virtud de que el servicio se prestó, y más tratándose de dineros de impuestos de valorización que son los que fueron entregados en encargo fiduciario, con los cuales se posibilita el desarrollo de las obras de la zona industrial. (fl. 188-189)

De las pruebas que han sido relacionadas con antelación, encuentra el Despacho que efectivamente Alianza Fiduciaria S.A., desarrolló y ejecutó todas las obligaciones que estaban a su cargo en virtud del Contrato No. 110-10.03-630 de 2016.

Asimismo, se evidencia que una vez realizadas por Alianza Fiduciaria S.A. las comisiones de los meses de enero y febrero de 2017, ésta no recibió el pago mensual pactado en el contrato, debido a la anulación del saldo de la Disponibilidad No. 20160846 del 29 de febrero de 2016, que por error cometió el Ente Territorial y que reconoce en el trámite conciliatorio.

↓ QUE EL ACUERDO NO RESULTE ABIERTAMENTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PÚBLICO NI A LA LEY

Para poder determinar la legalidad del acuerdo conciliatorio, debe precisar el Despacho la naturaleza del contrato fuente de la controversia que se pretende solucionar por las partes a través de la conciliación y el régimen de derecho aplicable para la época de su celebración.

El Contrato de Encargo Fiduciario se reguló expresamente en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

“...5°. Encargos fiduciarios y fiducia pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. 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 con 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 las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con 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 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 (...)”

La Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad del citado artículo, en Sentencia C-086 de 1º de marzo de 1995, expuso sobre la naturaleza y características de la fiducia pública y el encargo fiduciario, lo siguiente:

"...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 mercantil.

(...)

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 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..."

A su turno, el Consejo de Estado¹ definió las características del contrato de encargo fiduciario de la siguiente manera:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de octubre de 2012, radicado: 2116-10.

“...Ahora bien. Los encargos fiduciarios públicos, son contratos mediante los cuales las entidades estatales entregan, en mera tenencia, a las sociedades fiduciarias, recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, así como los fondos destinados a la cancelación de las obligaciones derivadas de los contratos estatales con el fin de que los administren o manejen, obteniendo beneficios o ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.”²

En los términos del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y del título 5 capítulo 1 (numeral 5.4.) de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, esta modalidad contractual se caracteriza porque:

(i) No implica la transferencia del dominio de los bienes o recursos públicos ni se constituye un patrimonio autónomo,

(ii) Deben tener un objeto y un plazo determinado,

(iii) En ningún caso y por ningún motivo, las entidades estatales pueden utilizar el esquema fiduciario para delegar en las sociedades fiduciarias el cumplimiento de una función pública que les es propia, como sucede con la adjudicación de los contratos que deban celebrarse en desarrollo de la finalidad señalada en el acto constitutivo del respectivo negocio fiduciario (Circular Jurídica Básica de la Superintendencia Financiera título V, capítulo 1, numeral 5.4.2. inciso 6; y Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 5, inciso 2),

(iv) No se puede pactar la remuneración de la fiducia con cargo a los rendimientos del fideicomiso salvo que se encuentren presupuestados,

(v) No pueden celebrarse contratos de fiducia pública o encargos fiduciarios que conduzcan a un desconocimiento del mandato contenido en el artículo 355 de la Constitución,

(vi) La selección de la fiduciaria se efectúa mediante licitación pública,

(vii) Los actos o los contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario, cumplirán estrictamente las normas del Estatuto de Contratación Administrativa, así como las disposiciones presupuestales, de interventoría y de control a las cuales está sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Cabe anotar, además, que la modalidad de contrato estatal de “encargo fiduciario” implica, como es lógico, el ejercicio por parte del contratista de una actividad propia del derecho mercantil (privado) que tiene una regulación en el marco del sector financiero y que, como se verá más adelante, está sujeta a controles de diversa índole, sin que sea posible, en los términos de las disposiciones previamente citadas, que a los fiduciarios les sean delegadas funciones administrativas que tienen asignadas las entidades fideicomitentes...”

A su vez, el Decreto 2681 de 1993, estableció una excepción a la modalidad general de contratación determinada para el caso de encargos fiduciarios, manifestando lo siguiente:

“Artículo 1º.- Ámbito de aplicación. *El presente Decreto se aplica a las operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones propias del manejo de la deuda pública y las conexas con las anteriores, de que trata el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que realicen las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la mencionada ley.*

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en relación con las operaciones que, dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal.

(...)

Artículo 6º.- Operaciones conexas. *Se consideran conexas a las operaciones de crédito público, a las operaciones asimiladas o a las de manejo de la deuda pública, los actos o contratos relacionados que constituyen un medio necesario para la realización de tales operaciones.*

Son conexas a las operaciones de crédito público, entre otros, los contratos necesarios para el otorgamiento de garantías o contragarantías a operaciones de crédito público; los contratos de edición, colocación, incluida la colocación garantizada, fideicomiso, encargo fiduciario, garantía y administración de títulos de deuda pública en el mercado de valores, así como los contratos para la calificación de la inversión o de valores, requeridos para la emisión y colocación de tales títulos en los mercados de capitales.

Igualmente son conexas a operaciones de crédito público, a las operaciones asimiladas a éstas o a las de manejo de la deuda, los contratos de intermediación necesarios para llevar a cabo tales operaciones y los de asistencia o asesoría necesarios para la negociación, contratación, o representación de la entidad estatal en el exterior que deban realizarse por personas o entidades expertas en estas materias.

² Cita del texto: “Así lo define la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, en el artículo quinto, capítulo primero, numeral 5, subnumerales 5.4.1.”

Las operaciones conexas se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos. Ver Oficio de fecha 31.03.98. Secretaría de Hacienda. Impuesto al Valor Agregado - operaciones de crédito público externo. CJA11551998.

(...)

Artículo 30°.- Contratación directa y selección de contratistas. *Las operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones de manejo de la deuda y las conexas con las anteriores, se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos.*

Para la selección de los contratistas se aplicarán los principios de economía, transparencia y selección objetiva contenidos en la Ley 80 de 1993, según lo dispuesto en este Capítulo en desarrollo de lo previsto en el párrafo 2 del artículo 24 de la citada ley..."

En este orden de ideas, se tiene que si bien uno de los contratos que pueden celebrar las entidades estatales es la de encargo fiduciario y fiducia pública, a las voces de la propia Ley 80 de 1993 la selección de la entidad que preste este servicio deberá hacerse mediante concurso de méritos o licitación. En tanto que, cuando el fideicomiso o encargo fiduciario se celebre como un medio necesario para la realización de operaciones de crédito público o de manejo de la deuda pública a la luz de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2186 de 1993, su contratación se hará en forma directa.

En conclusión, la selección de la sociedad fiduciaria a contratar por una entidad estatal deberá efectuarse con rigurosa observancia de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, esto es, con base en el procedimiento de licitación o concurso previsto por ella, en atención al principio de transparencia que rige la contratación estatal. No obstante, cuando el contrato de fideicomiso o encargo fiduciario se entienda como una operación conexas a la de crédito público o manejo de la deuda pública, esto es, cuando las dos primeras se celebren como un medio necesario para la realización por parte de la entidad estatal de operaciones de crédito público o manejo de la deuda pública, la forma de contratación de la sociedad fiduciaria será la señalada en el Decreto 2681 de 1993.

En el presente caso, se observa que el Contrato No. 110-10.03-630 de 2016, fue suscrito para llevar a cabo el recaudo de recursos que se realizan por concepto de valorización, a fin de ser utilizados para la cancelación del contrato de empréstito de deuda pública interna y pignoración de rentas suscrito entre el Municipio de Yumbo y el Banco de Occidente S.A., por lo que, estamos frente a la figura de operación conexas contemplada en el Decreto 2681 de 1993.

Conforme lo expuesto, no existen elementos que permita a este Despacho llegar a la conclusión que el acuerdo conciliatorio celebrado entre el Municipio de Yumbo y Alianza Fiduciaria S.A., resulte ser lesivo para el patrimonio público, pues por el contrario, el acervo probatorio es suficiente para llegar al convencimiento de que Alianza Fiduciaria S.A., cumplió con el objeto contractual durante los meses de enero y febrero de 2017, periodos que no le fueron cancelados, y que el mismo Ente Territorial acepta como cierto, al señalar que el incumplimiento en el pago obedeció a un error de la Administración al anular el saldo de la disponibilidad presupuestal No. 20160846 del 29 de febrero de 2016.

Además, el presente acuerdo se llevó a cabo sobre obligaciones susceptibles de conciliar, fundándose en objeto y causa lícita, sin vicios en el consentimiento de las partes, sin que con él se hayan lesionado los intereses del Estado o del patrimonio público, con base en pruebas idóneas y suficientes, con apego a la normatividad vigente y sin que haya operado el fenómeno de la caducidad.

Sumado a todo lo anterior, hay que decir que la autoridad ante la cual se celebró la audiencia de conciliación, fue la Procuraduría 57 Judicial I para Asuntos Administrativos de Santiago de Cali (V.), la cual se encuentra debidamente habilitada por la Ley para conocer y tramitar esta clase de audiencias cuando se trate de asuntos que puedan demandarse ante esta jurisdicción.

Así las cosas, y al haberse analizado uno a uno los requisitos exigidos por la Ley y la jurisprudencia en cuanto a la conciliación, se aprobará la presente conciliación extrajudicial efectuada por el Municipio de Yumbo y Alianza Fiduciaria S.A., ante la Procuraduría 57 Judicial I para Asuntos Administrativos de Santiago de Cali (V.) mediante Acta del 23 de octubre de 2017, ya que el mismo no resulta ser lesivo al patrimonio público del Estado ni es vulneratorio de la Ley.

El acuerdo tendrá efectos de cosa juzgada en cuanto a los aspectos que fueron objeto del mismo, ya debidamente delimitados.

En consecuencia, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Santiago Cali,

RESUELVE

PRIMERO.- APROBAR en su integridad el Acuerdo Conciliatorio Extrajudicial logrado entre el Municipio de Yumbo (V.) y Alianza Fiduciaria S.A., ante la Procuraduría 57 Judicial I para Asuntos Administrativos de Santiago de Cali, mediante Acta del 23 de octubre de 2017, por un valor total de cuatro millones quinientos cincuenta y tres mil ochocientos setenta y siete pesos M/cte. (\$4.553.877), dinero que será pagado dentro de los cinco (05) días contados a partir de esta aprobación.

SEGUNDO.- El acta de acuerdo conciliatorio y este Auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 1716 de 2009.

TERCERO.- Póngase en conocimiento de lo decidido aquí, a la Procuradora 58 Judicial I para Asuntos Administrativos delegada ante este Despacho y a la Procuraduría 57 Judicial I para Asuntos Administrativos de Santiago de Cali, para los fines pertinentes.

TERCERO.- En firme la presente providencia, expídase copia autentica del acta de conciliación celebrada el día 23 de octubre de 2017, adelantada ante la Procuraduría 57 Judicial I para Asuntos Administrativos de la ciudad de Santiago de Cali, de los poderes y de esta providencia con la constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2 del artículo 114 del Código General de Proceso, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 640 de 2001.

CUARTO.- Una vez dado cumplimiento a las órdenes aquí establecidas, procédase al archivo de la actuación, previo registro en el sistema justicia siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MÓNICA LONDOÑO FORERO
Juez