CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - Administración del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Prórroga / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Contrato de Fiducia Mercantil. Improcedencia de prórroga

La entidad estatal puede prever la forma de ponderar los factores sobre capacidad máxima de contratación de la unión temporal, al definir los requisitos objetivos para participar en el correspondiente proceso de selección, conforme a lo establecido en el numeral 5° del artículo 24 de la ley 80. En tal sentido, es viable que la entidad haga énfasis en el K de contratación del participante en la unión temporal que responda mejor a las necesidades del servicio para el cual esté en proceso de selección de contratista, o que con base en este mismo criterio promedie o sume los K de los miembros de la unión temporal. El contrato de fiducia mercantil celebrado el 21 de junio de 1990 entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora S.A., para la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra vigente hasta el 31 de diciembre de 2002 y está sujeto lógicamente, a las cláusulas pactadas en él y a las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil. Al vencimiento del plazo indicado en el punto anterior, el mencionado contrato no se puede continuar prorrogando hasta llegar al límite de los veinte aDos de duración máxima previsto para los contratos de fiducia mercantil, sino que de acuerdo con el sentido de la norma contenida en el inciso cuarto del numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se debe celebrar un nuevo contrato, previa la selección del contratista mediante el procedimiento de licitación pública, conforme a las disposiciones de dicha ley; contrato que debe ser de fiducia mercantil con base en lo establecido en el artículo 3° de la ley 91 de 1989 y la parte final del inciso segundo del parágrafo 2° del artículo 41 de la ley 80.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia 9825 de 19 de febrero de 1998, Sección tercera. Conceptos 565 de 13 de diciembre de 1993 y 601 de 17 de mayo de 1994, Sala de Consulta. Autorizada la publicación con oficio 366 de 15 de mayo de 2002.

UNIÓN TEMPORAL - Calificación de la capacidad financiera. Contratación directa de servicios de salud para docentes / CONTRATACIÓN DIRECTA - Calificación de la capacidad financiera de unión temporal / INVITACIÓN PUBLICA - Contrato de prestación de servicios de salud para docentes. Calificación de la capacidad financiera de unión temporal / DERECHO A LA IGUALDAD - Calificación de la capacidad financiera de unión temporal

Es viable jurídicamente que en los términos de referencia de la invitación pública para la contratación directa, se defina el criterio para estimar la calificación de la unión temporal, bien acogiendo la suma, el promedio o el partícipe de mayor K de contratación, todo dentro del marco que orienta la selección objetiva, esto es, que la entidad estatal debe establecer los factores de escogencia del contratista según los fines que ella busca con el contrato, en orden a seleccionar el ofrecimiento que objetivamente sea más favorable para la satisfacción de las necesidades que

pretende resolver. Con esta modalidad de calificación no se excede lo dispuesto por el artículo 7° de la ley 80 de 1993. Es posible que esta modalidad de calificación restrinja la participación de uniones temporales en las convocatorias públicas, pero si ella está sustentada en factores objetivos que privilegien la posibilidad de escogencia de la oferta más favorable, según la necesidad que la entidad estatal pretende solucionar, no se quebranta la ley de contratación. El derecho a la igualdad no se viola con esta modalidad de calificación de las uniones temporales, pues éstas concurren en igualdad de oportunidades con los otros participantes a las convocatorias públicas, ya que dicha modalidad refleja su capacidad real de contratación.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia 9825 de 19 de febrero de 1998, Sección Tercera. Conceptos 565 de 13 de diciembre de 1993 y 601 de 17 de mayo de 1994, Sala de Consulta; Salvamento de voto del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce con respecto a la procedencia de la prórroga del contrato fiduciario. Autorizada la publicación con oficio 366 de 15 de mayo de 2002.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR

Bogotá D.C. veinticinco (25) de abril de dos mil dos (2002).

Radicación número: 1391

Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Referencia: FIDUCIA MERCANTIL. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Eventual prórroga del contrato. Calificación de las uniones temporales proponentes.

El seDor Ministro de Educación Nacional, doctor Francisco José Lloreda Mera, solicita a la Sala emitir concepto relacionado con una posible nueva prórroga del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Nación - Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora S.A., para la administración de los recursos y operación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Igualmente, solicita concepto respecto del sistema de calificación de la capacidad financiera aplicable a las propuestas que presenten las uniones temporales que participan en las convocatorias públicas abiertas por dicho Fondo con el objeto de contratar los servicios médico-asistenciales de los docentes estatales y sus beneficiarios.

Sobre la viabilidad de una nueva prórroga, se consulta:

- 1. Conforme con el artículo 38 de la ley 153 de 1887, se entiende que las leyes vigentes al momento de la celebración del contrato le fueron incorporadas y en este orden ha de entenderse que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3° de la ley 91 de 1989 y con el inciso 2° del artículo 16 del decreto 222 de 1983, el contrato de fiducia mercantil enunciado corresponde a los denominados de derecho privado de la administración al cual no resulta aplicable la ley 80 de 1993?
- 2. Como corolario de lo anterior, | debe interpretarse el inciso 4 del numeral 5 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, en el sentido de que el contrato de fiducia mercantil continuará vigente en los términos convenidos con la sociedad fiduciaria y por ende su vigencia previo acuerdo entre las partes, podría continuar prorrogándose hasta el límite de 20 aDos previsto en el artículo 1230 del Código de Comercio?

En cuanto al segundo tema, el seDor Ministro manifiesta que la Fiduciaria la Previsora S.A., de acuerdo con las recomendaciones impartidas por el Consejo Directivo del Fondo, contrata los servicios de salud para los docentes y sus beneficiarios en cada una de las entidades territoriales y que dicho proceso se realiza a través de una invitación pública, no obstante que los servicios de salud pueden ser contratados directamente de acuerdo con la ley 80 de 1993 y el decreto 855 de 1994.

A dichas convocatorias concurren como participantes tanto uniones temporales como consorcios, constituidos en los términos seDalados en la ley 80 de 1993.

El parágrafo primero del artículo 7_ de la ley 80 de 1993 en cuanto a uniones temporales se refiere, contempla que éstas indicarán los términos y extensión de su participación en la propuesta y en su ejecución.

Ante esta circunstancia se consulta, para efectos de seDalar en las reglas del concurso público la forma de efectuar la calificación de la capacidad financiera de las uniones temporales, lo siguiente:

Resultaría viable jurídicamente establecer en los términos de referencia o reglas del concurso público un mecanismo de calificación de las ofertas presentadas por uniones temporales mediante el cual se promedie la calificación de la unión temporal, con base en el porcentaje de participación de cada uno de los integrantes de la misma, o por el contrario debe en todo caso realizarse la sumatoria para efectos de obtener la respectiva calificación ?

En el evento de promediar la calificación, acorde con el porcentaje de participación de cada uno de los integrantes de la unión temporal, se pregunta:

• Se rebasa lo dispuesto por el artículo 7 de la ley 80 de 1993?

- Se restringe la participación de las uniones temporales en las convocatorias públicas?
- Se viola el derecho de igualdad de los participantes en las convocatorias?

1. CONSIDERACIONES

1. En cuanto al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el contrato de fiducia mercantil y su prórroga.

1.1.1 La creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Con la idea de solucionar los frecuentes problemas relacionados con el pago de las prestaciones sociales de los maestros, la ley 91 del 29 de diciembre de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Su creación se hizo en la siguiente forma:

"Artículo 3°.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente ley y fijará la comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministerio de Educación Nacional.

El fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad" (destaca la Sala).

El artículo 4° de la ley asignó al Fondo la misión de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraban vinculados a la fecha de promulgación de la ley, conforme al artículo 2° de la misma, y a los que se vincularan con posterioridad a ella.

El artículo 5° fijó los objetivos del Fondo, siendo los principales el efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo.

Conviene precisar que el artículo 9° de la ley estableció como obligación del Fondo el pago de las prestaciones sociales, pero el reconocimiento de éstas queda a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la

delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función.

De otra parte, cabe anotar que el Fondo no debe pagar algunas prestaciones, toda vez que el parágrafo 2° del artículo 15 dispuso que continuaban a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las siguientes: las primas de navidad, de servicios y de alimentación, el subsidio familiar, el auxilio de transporte y las vacaciones.

Los artículos 2° y 8° a 13 de la ley 91 determinan los recursos del Fondo y la forma en que la Nación y las entidades territoriales deben entregárselos conforme a sus compromisos con los docentes.

La referida ley también establece que en el contrato de fiducia mercantil se debe prever la existencia de un Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, integrado por el Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo preside, el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado, dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional mayoritaria, y el Gerente de la sociedad fiduciaria, que asiste con voz pero sin voto.(art. 6°).

La ley determina las funciones del Consejo Directivo, entre las que se destacan las de formular las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará contratos el Fondo, revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno nacional para adelantar el trámite de su aprobación (art. 7° nums. 1, 2 y 5).

Se prevé una norma, contenida en el parágrafo del artículo 7° de la ley, para la atención de las funciones del Fondo en las entidades territoriales, según la cual en el mencionado contrato de fiducia mercantil se puede autorizar al Consejo Directivo del Fondo que recomiende la contratación con fondos prestacionales que atienden a los docentes en algunas de tales entidades, o con una o varias entidades diferentes.

Para dar cumplimiento a la ley, el Gobierno nacional procedió a celebrar el contrato de fiducia mercantil allí previsto.

1.1.2 El contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La Nación - Ministerio de Educación Nacional¹ celebró el contrato de fiducia mercantil ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora Ltda.², mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá.

La nombrada fiduciaria era, para la época de la celebración del contrato, una sociedad de economía mixta, de carácter indirecto, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado por tener éste más del 90% de su capital social, y sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Hoy, frente a los cambios introducidos por la ley 489 de 1998 en la estructura de la administración pública, la naturaleza de sociedad de economía mixta resulta de la constitución del organismo autorizado por la ley, bajo la forma de sociedad comercial con aportes estatales y de capital privado, para desarrollar actividades de carácter industrial o comercial. Y, cuando las acciones o cuotas sociales en poder de particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas, la sociedad se convertirá, sin necesidad de liquidación previa, en empresa industrial y comercial o en sociedad entre entidades públicas, y por tal motivo, los correspondientes órganos directivos de la entidad procederán a modificar los estatutos internos en la forma a que hubiere lugar.

Ahora bien, en dicho contrato se establecieron las diversas cláusulas referentes a la finalidad, el objeto, los recursos del Fondo, la conformación y funciones de su Consejo Directivo, la política de inversión, la comisión y las obligaciones del fideicomitente y la fiduciaria, siguiendo las disposiciones de la ley 91.

El Ministerio de Educación Nacional, en tanto que fideicomitente, tiene como obligaciones las de entregar al Fondo los recursos a su cargo, velar porque se establezcan mecanismos adecuados para que ingresen a éste los correspondientes a los docentes, los pensionados y las entidades territoriales, reconocer las prestaciones sociales que debe pagar el Fondo de manera descentralizada y reembolsar al Fondo los costos del montaje de la base de datos requerida para su operación (cláusula 4^).

Por su parte, la fiduciaria contrajo como obligaciones principales, las de administrar e invertir los recursos del Fondo mientras se destinan al pago de las prestaciones sociales de los docentes, reinvertir los rendimientos, presentar informes mensuales y balance semestral de la situación financiera del Fondo al fideicomitente y al Consejo Directivo, pagar las prestaciones sociales a los docentes, que correspondan al Fondo, contratar con las entidades indicadas por el Consejo Directivo y según sus instrucciones, los servicios médico-asistenciales del personal docente, llevar la contabilidad y la base de datos necesarias para el manejo del Fondo y contratar un estudio actuarial sobre la situación prestacional de los docentes (cláusula 5^).

La comisión de la fiduciaria fue pactada en el 7% de los rendimientos generados por los recursos dados en fiducia (cláusula 6^).

Además, se estipularon cláusulas relativas a la separación de la fiducia, su irrevocabilidad, la prohibición de cesión del contrato por la fiduciaria, la no

financiación con recursos propios de ésta, las causales de terminación, y los gastos de legalización del contrato.

En la cláusula décima sexta se indicó la normatividad aplicable al contrato en los siguientes términos:

"Legislación aplicable.- En lo no previsto en las cláusulas anteriores, el presente contrato se regulará por lo que disponen los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, la ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios, y por las instrucciones de la Superintendencia Bancaria".

La duración del contrato se fijó en la cláusula décima primera, en tres (3) aDos, a partir del perfeccionamiento del mismo, que era el otorgamiento de la escritura el 21 de junio de 1990, lo cual significa que el contrato inicialmente estaba vigente hasta el 21 de junio de 1993.

Finalmente, la cláusula novena reconoció a las partes la facultad de prorrogar e introducir modificaciones al contrato en la siguiente forma:

"Modificaciones y prórrogas.- El presente contrato podrá ser modificado, y prorrogado por escrito, previo acuerdo de las partes. De la misma forma, podrá ser modificado para incorporar aquellas prescripciones que, sobre el manejo del Fondo, establezcan los decretos con que el Gobierno reglamente la ley 91 de 1989".

Esta cláusula que establecía la posibilidad de prórroga del contrato por acuerdo de las partes, fue modificada cuando se hizo la primera y después el contrato se siguió prorrogando conforme lo convenían las partes y se cumplían los requerimientos presupuestales, como pasa a verse a continuación.

- 1.1.3 Las prórrogas y modificaciones del contrato de fiducia mercantil del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. De acuerdo con la documentación presentada con la consulta, las prórrogas y modificaciones del contrato de fiducia mercantil del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, llevadas a cabo hasta el momento actual, constan en ocho escrituras públicas, a saber:
 - 1. Escritura pública No. 1736 del 18 de junio de 1993 de la Notaría 44 de Bogotá.

Por medio de esta escritura las partes acordaron:

- a. Prorrogar el término de duración del contrato por seis meses, esto es, del 21 de junio al 20 de diciembre de 1993.
- b. Establecer una extensión condicionada de esta prórroga, en el parágrafo primero de la cláusula primera de la escritura, en los

- siguientes términos: "Una vez obtenida, del Consejo de Política Fiscal o de quien éste delegue para tal efecto, la autorización para suscribir la presente prórroga por un plazo mayor a lo que resta de la vigencia de 1993, esta prórroga se extenderá hasta completar tres (3) aDos, contados a partir del 21 de junio de 1993 y hasta el 20 de junio de 1996 o por el término de dicha autorización".
- c. Estipular la posibilidad de prorrogar el contrato por tres aDos de manera sucesiva, por convenio de las partes. Establece el parágrafo segundo de la citada cláusula lo siguiente: "El presente contrato podrá prorrogarse por períodos sucesivos de tres (3) aDos a voluntad de las partes".
- d. Adicionar las obligaciones de la fiduciaria en dos aspectos: la organización de un programa de auditoría sobre la prestación de los servicios médico-asistenciales, con la consiguiente asunción de su costo y la entrega oportuna del soporte técnico al Consejo Directivo del Fondo para la adjudicación y terminación de los contratos.
- e. Modificar la comisión fiduciaria de la siguiente manera: por los primeros cien millones de pesos de rendimientos de los recursos, el 7%; por la franja de tales rendimientos entre cien y doscientos millones de pesos, el 6%; y sobre los rendimientos que excedan de doscientos millones de pesos, el 5%.
- f. Modificar la cláusula referente a la revocación de la fiducia, en el sentido de que el fideicomitente se reserva esta facultad, la cual puede ejercer, con la anuencia del Consejo Directivo del Fondo, sólo en caso de ineficiencia o negligencia comprobada de la fiduciaria.
- 2. Escritura pública No. 5818 del 20 de junio de 1996 de la Notaría 29 de Bogotá.

Mediante esta escritura las partes manifestaron su voluntad de prorrogar el contrato, y así lo estipularon, por el término de un aDo, desde el 21 de junio de 1996 hasta el 20 de junio de 1997.

Invocaron como fundamentos de esta prórroga lo acordado en el citado parágrafo segundo de la cláusula primera de la escritura 1736, y la disposición del numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que establece: "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".

Introdujeron modificaciones al contrato consistentes en quince nuevas obligaciones a cargo de la fiduciaria, siendo la principal la de efectuar un plan piloto de sustanciación directa de expedientes de prestaciones que se encuentren revisados y con proyecto elaborado de acto administrativo, en los departamentos de Antioquia, Valle del Cauca, Atlántico, Cundinamarca y el Distrito Capital, mediante el desplazamiento de funcionarios de la fiduciaria a las oficinas de prestaciones de docentes de dichos departamentos.

3. Escritura Pública No. 1028 del 19 de junio de 1997 de la Notaría 44 de Bogotá.

Por medio de esta escritura las partes acordaron prorrogar el contrato del 21 de junio de 1997 al 31 de diciembre de 1999.

Indicaron como fundamentos de tal medida, además de los seDalados en la escritura anterior, la disposición del segundo inciso del parágrafo 2° del artículo 41 de la ley 80 de 1993, que contempla la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones y el pago de pasivos laborales, y la aprobación que, de conformidad con lo previsto en el decreto 568 del 21 de marzo de 1996, impartió el Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS- en su sesión del 12 de abril de 1996, para la celebración de contratos fiduciarios con la finalidad de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, hasta por un monto igual al que se apropiara para tal fin en los presupuestos respectivos durante las vigencias de 1997 a 1999.

El citado decreto 568 de 1996 es reglamentario de las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 orgánicas del Presupuesto General de la Nación, y dispuso en su artículo 3° lo siguiente:

"Los negocios fiduciarios de administración o manejo de recursos que requieran celebrar los órganos públicos que cubran más de una vigencia fiscal, necesitarán autorización para comprometer vigencias futuras previa a la apertura de la licitación o concurso, de manera general o particular. Esta autorización la dará el Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS, únicamente sobre la remuneración de la entidad fiduciaria.

El anterior requisito será igualmente necesario en caso de la adición, prórroga o reajuste de este tipo de contratos ya celebrados, siempre y cuando cubran más de una vigencia fiscal".

4. Escritura Pública No. 10085 del 28 de diciembre de 1999 de la Notaría 29 de Bogotá.

Mediante esta escritura las partes acordaron modificar la cláusula 11[^] del contrato, en el sentido de prorrogar la vigencia del mismo desde el 1[^] de enero de 2000 hasta el 28 de diciembre del mismo aDo, de conformidad con lo previsto por la ley 531 del 2 de noviembre de 1999.

De igual manera, convinieron en la cláusula 2^ de esta escritura lo siguiente: "Las obligaciones contenidas en el contrato de fiducia mercantil que se prorroga por el presente instrumento, se revisarán y ajustarán por las partes en un término no superior a tres (3) meses contados a partir de la fecha de suscripción del presente contrato para lo cual se suscribirá el acta que formará parte integrante de este contrato y deberá protocolizarse en los términos de ley".

La aludida ley 531 de 1999 se refiere a una adición presupuestal para la vigencia fiscal de ese aDo y dispuso en su artículo 5°:

"Durante la presente vigencia fiscal, los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación podrán prorrogar los contratos con vencimiento a 31 de diciembre de 1999, con fundamento en el decreto de liquidación del Presupuesto General de la Nación para la siguiente vigencia fiscal, sin que se requiera autorización de vigencias futuras, siempre que en los actos administrativos se establezca claramente que tienen vigencia a partir del primero de enero del aDo 2000".

5. Escritura Pública No. 254 del 24 de enero de 2000 de la Notaría 29 de Bogotá.

Mediante esta escritura las partes modificaron totalmente el parágrafo del numeral 4° de la cláusula 5^ del contrato, al establecer como obligación de la fiduciaria el pago, con recursos del Fondo, de las condenas judiciales dictadas contra la Nación o las entidades territoriales por concepto de prestaciones sociales de docentes afiliados al Fondo.

6. Escritura Pública No. 3025 del 22 de mayo de 2000 de la Notaría 29 de Bogotá.

Por medio de esta escritura³ se protocolizó un acuerdo de modificación, suscrito el 15 de mayo de 2000, del contrato de fiducia mercantil del Fondo.

En dicho acuerdo las partes modifican nuevamente la Cláusula 11[^] del contrato, referente a la duración de éste, y convienen en prorrogar el plazo de vigencia del contrato **desde el 29 de diciembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2002**, "de conformidad con lo previsto por el Decreto No. 568 de 1995 (sic, es de 1996), la Resolución No. 11 de 1997 del Consejo Superior de Política Fiscal y la comunicación No. 1670 del 09 de marzo de 2000 suscrita por el Director General del Presupuesto Público Nacional".

Esta es, pues, la prórroga del contrato actualmente vigente.

Las partes acordaron también ampliar hasta el 31 de mayo, el término estipulado en la escritura 10085 para la revisión y ajuste de las obligaciones contenidas en el contrato de fiducia.

7. Escritura Pública No. 132 del 12 de enero de 2001 de la Notaría 29 de Bogotá.

Mediante esta escritura se protocolizó un acuerdo de modificación, suscrito el 28 de diciembre de 2000, de la comisión fiduciaria, dado que ésta se había disminuido por la baja de los rendimientos, producida por la difícil situación

financiera del Fondo, ya que el valor del portafolio de inversiones había descendido pues desde 1999 se estaban efectuando pagos con las reservas técnicas, y los recursos del Fondo se habían afectado por cuanto los aportes de la Nación y las entidades territoriales no ingresaban con la periodicidad requerida, mientras que las responsabilidades de la fiduciaria se habían aumentado.

En consecuencia, las partes, sin alterar la ecuación económica del contrato, como lo dicen en las consideraciones, acordaron modificar la cláusula 6^ del contrato y establecieron una comisión fiduciaria mínima mensual de setecientos cincuenta millones de pesos (\$750'000.000) del 1° de enero del 2001 hasta el 30 de junio del mismo aDo, revisable si las circunstancias contractuales sufrían variación.

Si se obtenían rendimientos financieros que permitieran el cobro de una comisión mayor, de acuerdo con los porcentajes establecidos en la escritura 1736 de 1993, se debía pagar esta última comisión.

8. Escritura Pública No. 5084 del 10 de julio de 2001 de la Notaría 29 de Bogotá.

Por medio de esta escritura se protocolizó un acuerdo, suscrito el 29 de junio de 2001, para modificar nuevamente la cláusula 6^ del contrato de fiducia mercantil, relativa a la comisión fiduciaria, en la medida de extender la comisión mínima mensual fijada en la escritura anterior hasta el 31 de diciembre de 2001.

La consulta seDala que en la actualidad, se ha pensado en la posibilidad de efectuar una prórroga "extensa" de este contrato, que no precisa, pero no puede ser superior al lapso faltante para los 20 aDos, fijados como límite de duración de los contratos de fiducia mercantil por el numeral 3° del artículo 1230 del Código de Comercio, ante lo cual el Ministerio de Educación Nacional quiere tener claridad sobre los fundamentos legales para realizarla, siendo necesario por tanto, analizar el tema de la normatividad aplicable al contrato.

1.1.4 La normatividad aplicable al momento de la celebración del mencionado contrato de fiducia mercantil. El contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora el 21 de junio de 1990 siguió naturalmente, las normas vigentes en ese momento que eran, por supuesto, la ley de creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ordenaba la realización de tal contrato, la ley 91 de 1989, y el estatuto de contratación administrativa contenido en el decreto ley 222 de 1983.

Este último, en el artículo 16, hacía la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración. Los primeros se encontraban en una enumeración taxativa de diez clases de contratos, destacándose los de obras públicas, empréstitos y prestación de servicios, y los segundos eran todos aquellos que no hacían parte de la enumeración, de conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del citado artículo, que preveía que eran contratos de

derecho privado de la administración "los demás", a menos que una ley especial dispusiera en sentido contrario, y en sus efectos estaban "sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad".

El contrato de fiducia mercantil no se encontraba en la enumeración de los contratos administrativos y en consecuencia, era un contrato de derecho privado de la administración. Por ello, en la cláusula décima sexta del contrato, sobre legislación aplicable, se hizo la remisión a los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio.

Pero además, este contrato por la calidad jurídica de los partes, era un contrato entre entidades públicas, de acuerdo con los artículos 266 y 267 del decreto ley 222 de 1983, y en tal carácter se sujetaba únicamente a los requisitos y formalidades exigidos por la ley para la contratación entre particulares, y podía celebrarse directamente por la previsión del numeral 21 del artículo 43 del mismo estatuto.

Así las cosas, para su prórroga no había ningún inconveniente, ya que se seguía el querer de las partes.

En vigencia del decreto ley 222 de 1983, las partes hicieron la primera prórroga, como se anotó, mediante la escritura pública 1736 del 18 de junio de 1993 de la Notaría 44 de Bogotá, con la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal - CONFIS-, por tres aDos, del 21 de junio de 1993 hasta el 20 de junio de 1996.

Estando vigente esta prórroga del contrato vino la expedición de la ley 80 de 1993, la cual distingue la prórroga del plazo, simplemente, y la adición que implica modificación del contrato original y su monto, pero limitada hasta el 50% del valor inicial, y éste debe entenderse como el valor de la comisión, esto es, la remuneración pactada a favor de la entidad fiduciaria.

5. El actual estatuto de contratación de la administración pública, la ley 80 de 1993. Por iniciativa del Gobierno, el Congreso nacional debatió y aprobó un nuevo estatuto general de contratación de la administración pública, la ley 80 de 1993, la cual fue publicada el 28 de octubre de 1993 (Diario Oficial No. 41.094) y empezó a regir el 1° de enero de 1994, con algunas excepciones, entre ellas la norma de la fiducia, cuya iniciación de vigencia coincidió con la de la promulgación de la ley (art. 81).

Este estatuto suprimió la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración para crear la categoría única de los contratos estatales, y reguló de manera especial algunos de éstos, entre los que se encuentran los encargos fiduciarios y la nueva figura contractual de la fiducia pública, sobre la cual la Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones⁴.

Respecto de la transición legislativa en materia de contratos en general, el artículo 38 de la ley 153 de 1887 dispone:

"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

- 1_) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicios los derechos que resultaren del contrato, y
- 2_) Las que seDalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido".

En el mismo sentido el artículo 78 de la ley 80 de 1993 previó lo siguiente:

"De los contratos, procedimientos y procesos en curso.- Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación".

Y el artículo 27 del decreto 679 del 28 de marzo de 1994, reglamentario de la ley 80, ratificó este principio en los siguientes términos:

"De la legislación aplicable a los contratos en curso.- Los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 se continuarán rigiendo por las normas vigentes en la fecha de su celebración.

Las modificaciones o prórrogas de los contratos celebrados a nombre de la Nación deberán realizarse por el representante de la Nación o su delegado".

El parágrafo que traía esta norma fue anulado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 19 de febrero de 1998 (Exp. 9825), por cuanto establecía que **los contratos** que se celebraran después de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, como consecuencia de licitaciones o concursos abiertos antes, se debían sujetar a la normatividad vigente en la iniciación del procedimiento de selección, con lo cual extendía el alcance de ésta al contrato mismo y desbordaba el marco del artículo 78 de la ley que no preveía tal cosa.

Estas normas regulaban el tránsito de legislación para los contratos en general, instituyendo básicamente el principio de que los que estaban en curso a la fecha de empezar a regir la ley 80 de 1993 seguían en vigor, conforme a sus estipulaciones y normatividad vigente al tiempo de la celebración, hasta su terminación, la cual ocurre normalmente al vencer el plazo estipulado o también puede suceder por la ocurrencia de alguna causal legal, como por ejemplo, la declaratoria de caducidad.

Cumplido el plazo entonces, había necesidad de ajustar el contrato de acuerdo con las limitaciones de la ley 80 de 1993, esto es, adicionarlo en no más del 50% de su valor inicial (inciso 2° del parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993). De no ser posible lo anterior, lo procedente será celebrar un nuevo contrato.

El hecho de que la disposición establezca que se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, significa que éstas se aplican durante la vigencia del contrato, esto es, hasta su terminación, que se produce con el vencimiento del plazo acordado y sus prórrogas válidamente celebradas. Luego de este momento, hay lugar a aplicar la nueva normatividad y realizar un nuevo contrato.

Por otra parte, no se puede hablar del derecho adquirido a la prórroga, por la circunstancia de que una cláusula estipule la facultad para las partes de hacerla, pues precisamente la prórroga no es un derecho cierto que entra al patrimonio de una persona sino una simple expectativa, que puede ocurrir o no, y además, los derechos adquiridos se reconocen frente a las leyes civiles no a las administrativas que encierran un interés publico, y respecto de las cuales se respetan las situaciones jurídicas subjetivas consolidadas.

La ley 80 de 1993 consagra la prórroga del contrato respecto del plazo, simplemente, y la adición del mismo. En este sentido, el segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993 dispone: "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".

En el campo de la fiducia, la ley 80 de 1993 que estableció en el numeral 5° del artículo 32, un régimen especial para esta figura jurídica en materia de contratación estatal, quiso que éste se aplicara de manera inmediata y por ello estableció su vigencia a partir de la promulgación de la ley, el 28 de octubre de 1998 (inciso segundo art. 81).

De igual manera, quiso que tal régimen se aplicara en el caso de los contratos en curso, inmediatamente después de su vencimiento, incluidas las prórrogas legalmente adoptadas, y por ello contempló una norma expresa que así lo ordenó de tal suerte que los contratos vigentes a esa fecha seguían hasta su terminación y después había que celebrar contratos nuevos conforme a la nueva ley.

Tal norma se encuentra en el inciso cuarto del citado numeral 5°, el cual dispuso lo siguiente:

"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".

El artículo 22 del decreto 679 de 1994 buscó dar mayor precisión, pero su redacción ciertamente ha podido ser mejor. Dice así esta norma:

"De los encargos fiduciarios y contratos de fiducia.- Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de la ley 80 de 1993 hayan sido celebrados por las entidades estatales continuarán vigentes hasta su terminación en los términos pactados.

En adelante, sólo podrán celebrarse acuerdos para adicionar el plazo o el valor de contrato de fiducia o encargo fiduciario celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley 80 de 1993, con sujeción a las disposiciones de la misma.

Por consiguiente, los contratos fiduciarios que la respectiva entidad estatal no podrá celebrar a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993, en adelante no podrán ser prorrogados.

Parágrafo.- De conformidad con el artículo 25, numeral 20, de la ley 80 de 1993, las entidades estatales se encuentran facultadas para celebrar contratos de encargo fiduciario para la administración de los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de los contratos estatales" (el texto en negrilla no es del original).

Es oportuno anotar que la Sala en dos ocasiones anteriores hizo el análisis del tránsito normativo de la contratación estatal y se manifestó en el sentido de que los contratos de fiducia mercantil vigentes al momento de la promulgación de la ley 80 de 1993, continuaban rigiendo hasta su terminación y después no se podían prorrogar sino que se debían suscribir nuevos contratos que se sujetaran a las disposiciones de la ley 80.

En efecto, en el Concepto No. 565 del 13 de diciembre de 1993, la Sala expresó:

"El inciso cuarto, del citado numeral 5° del artículo 32 ibídem, prescribe que '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" (subrayado fuera de texto).

De manera que la ley 80 de 1993, permitió que se siguieran ejecutando los contratos de fiducia suscritos por las entidades públicas antes de su vigencia, pero limitados a los **términos convenidos en ellos**, lo que implica que no se pueden modificar ni en cuanto a su plazo ni a su valor; obviamente tampoco se puede modificar su objeto porque se estaría frente a la celebración de un nuevo contrato que tendría que tramitarse de conformidad con el nuevo estatuto de contratación estatal.

(...)

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública tienen una reglamentación especial en la ley 80 de 1993 por razón de la materia y sin

consideración a la cuantía, dado que se trata de la administración o el manejo de dineros o bienes públicos por sociedades fiduciarias. El legislador quiso entonces restringir su celebración, ampliar la inspección o vigilancia sobre las sociedades fiduciarias y exigir la 'rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso', que siempre serán públicos".

De igual manera, en el Concepto No. 601 del 17 de mayo de 1994, la Sala seDaló:

"(...) si las situaciones jurídicas particulares, constituidas en favor de determinadas personas, deben ser respetadas y no pueden ser desconocidas por la legislación posterior, como son las que se derivan de los contratos vigentes, ello no sucede con **sus posibles** prórrogas, reformas o adiciones que, como meras probabilidades jurídicas, pueden realizarse o no para modificar o adicionar las situaciones jurídicas individuales constituidas por el contrato. En otros términos, éstas provienen del contrato y su modificación o adición requiere un acto jurídico posterior que debe celebrarse con fundamento en la nueva legislación. La ley protege a aquéllas y no a éstas. Lo contrario implicaría afirmar y admitir que existe derecho adquirido a la legislación, no para proteger las situaciones jurídicas constituidas en favor de determinadas personas, como son los contratantes, sino para modificarlas o adicionarlas.

(...)

De lo expuesto se deduce que los contratos celebrados con base en el decreto ley 222 de 1983 se rigen por este estatuto; pero las reformas o las adiciones a las mismas, en cuanto implican nuevos acuerdos de voluntades, se rigen por la ley 80 de 1993.

(...)

La modificación, en cuanto al plazo o el precio, y la adición de los contratos celebrados durante la vigencia del Decreto ley 222 de 1983, deben efectuarse con fundamento en la ley 80 de 1993. Se trata de nuevos acuerdos de voluntades que deben celebrarse con fundamento en la nueva legislación".

Así las cosas, el contrato de fiducia mercantil del Fondo, al vencimiento de la prórroga pactada en la escritura No. 1736 del 18 de junio de 1993, esto es, el 20 de junio de 1996, no ha debido seguir prorrogándose para proceder, en cambio, a la celebración de un nuevo contrato, que podía ser también de fiducia mercantil, como se verá más adelante, con sujeción a las disposiciones de la ley 80 de 1993. No obstante, las prórrogas y modificaciones se hicieron e interesa entonces, analizar la situación presentada en la actualidad.

6. La situación actual de validez de las prórrogas y modificaciones del contrato de fiducia mercantil de administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Inicialmente en este punto conviene seDalar que se podría pensar que la ley 91 de 1989 por ser especial, no fue modificada por la ley 80 de 1993, en cuanto al contrato de fiducia mercantil que ella contempla. Sin embargo, se observa que la ley 80 de 1993 contiene un estatuto integral sobre la contratación estatal, de tal manera que, de acuerdo con el principio establecido en el artículo 3° de la ley 153 de 1887 ⁵, sí modificó en este punto a la ley 91 de 1989 y por lo tanto, deben aplicarse sus normas de fiducia al contrato de tal clase que debe servir para administrar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por otro lado, se podría pensar también que con las prórrogas y modificaciones del contrato de fiducia mercantil del Fondo, operó una novación, que extinguiría las obligaciones anteriores y daría paso a unas nuevas, pero tal figura no se presenta en este caso por cuanto es claro que las ampliaciones del plazo no constituyen novación, de acuerdo con el artículo 1708 del Código Civil, y tampoco hubo cambio del objeto del contrato, pues éste para que sea novación, según el análisis de la doctrina de los artículos 1687 y 1690 del mismo código, debe referirse a un elemento **esencia**l del contrato y si bien se modificó la comisión fiduciaria, ésta no lo es, ya que no la menciona la definición del contrato que trae el artículo 1226 del Código de Comercio y aún cuando el artículo 1237 del mismo seDale que todo negocio fiduciario es remunerado, si no se pacta expresamente la comisión, o las partes convienen que no hay lugar a su pago, de todas maneras se entiende que hay derecho a ella, por lo ordenado en el último artículo citado y el contrato como tal, existe⁶.

Aquí lo que hubo fue la continuidad de un contrato durante más de diez aDos, con prórrogas sucesivas y modificaciones a varias obligaciones, necesarias por el desarrollo del contrato en el tiempo, sin que fuera justificación jurídica invocar la parte final del inciso segundo del parágrafo 2° del artículo 41 de la ley 80 de 1993 que establece que podrán constituirse patrimonios autónomos para el pago de pasivos laborales, pues esta norma lo que está diciendo es que para tal fin se pueden celebrar contratos de fiducia mercantil, pero no está dando habilitación para prorrogar los contratos de fiducia existentes, máxime cuando había otras normas (inc. cuarto, num. 5° art. 32 de la misma ley y art. 22 decreto 679/94) que establecían que esos contratos regían solamente hasta el vencimiento del plazo en curso. Tampoco constituía justificación válida el seDalar el decreto 568 de 1996, pues como decreto reglamentario no prima sobre las disposiciones de una ley como la 80 del 93.

En estas circunstancias, se aprecia que lo cierto es que el contrato fue sucesivamente prorrogado y se encuentra vigente hasta el 31 de diciembre de 2002, pues como todo contrato es "ley para los contratantes", conforme al postulado del artículo 1602 del Código Civil, y no ha sido invalidado ni terminado por voluntad de las partes o por causas legales, como lo seDala el mismo artículo, de manera pues que está rigiendo en la actualidad.

Tampoco ha recaído sobre el contrato o sus prórrogas una providencia judicial que declare su nulidad y por consiguiente, conserva su plena eficacia jurídica y debe ser cumplido por las partes. Por lo demás, el pronunciamiento que la Sala hace en este concepto no tiene los alcances que corresponden a una sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, que es la legalmente competente para conocer de una acción de nulidad del contrato o sus prórrogas.

No obstante, es claro, con base en lo expuesto, que el mencionado contrato no puede seguir siendo prorrogado y en cambio, al vencimiento de la fecha indicada, deberá celebrarse un nuevo contrato.

7. La necesidad de celebrar un nuevo contrato de fiducia que puede ser mercantil. Luego del 31 de diciembre de 2002 hay necesidad de celebrar un nuevo contrato de fiducia, la cual puede ser mercantil, con fundamento en lo dispuesto por la parte final del inciso segundo del parágrafo 2_ del artículo 41 de la ley 80 de 1993, que establece:

"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" (negrillas no son del texto original).

Obsérvese que la norma menciona la constitución de patrimonios autónomos, con lo cual indica un elemento imprescindible de la fiducia mercantil, por lo que el nuevo contrato del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio puede ser este tipo de contrato.

Ahora bien, hay lugar a la selección del nuevo contratista mediante el procedimiento de licitación pública, en virtud de lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 24 de la ley 80 que establece que siempre se efectuará tal procedimiento (o el del concurso, cuando el contrato se refiere a estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados) con excepción de los casos taxativos de contratación directa, y el mandato categórico del inciso quinto del numeral 5° del artículo 32 de la misma ley, que preceptúa:

"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 esta ley".

Cabe observar que si bien el mismo parágrafo 2° del artículo 41 que autoriza, en el inciso segundo, la constitución de patrimonios autónomos para el pago de pasivos laborales, trae un inciso, el noveno, en el cual se lee que "las operaciones a que se refiere el presente artículo (sic) y las conexas con éstas se contratarán en forma directa", es claro que éste se refiere a las operaciones de crédito público, que es el epígrafe de tal parágrafo y que está en consonancia con lo dispuesto por

el literal b) del numeral 1° del artículo 24 de la ley sobre la contratación directa de los empréstitos.

2. En cuanto a las uniones temporales.

 Las uniones temporales en la exposición de motivos de la ley 80. En el decreto ley 222 de 1983 se preveía la posibilidad de conformar consorcios, con la autorización de la entidad pública, mas no uniones temporales (arts. 3 a 5).

La ley 80 de 1993 autorizó, de manera general, la integración de éstas para la presentación de propuestas en las convocatorias públicas de contratación y la celebración de contratos con las entidades estatales.

En la exposición de motivos de la citada ley se justificó la introducción de esta figura, con la modificación de la de los consorcios, de la siguiente manera:

"El artículo 6° del proyecto se refiere a los contratistas como uno de los sujetos de la relación contractual y, por lo tanto, a la capacidad. El proyecto al respecto mantiene los principios que en las disposiciones vigentes se establecen para el efecto. Es decir, podrán celebrar contratos estatales todas aquellas personas a quienes la ley otorgue capacidad para obligarse por sí mismas y sin el ministerio o autorización de otra, siendo su consagración la regla general, en tanto que la incapacidad será la excepción.

Sobre este aspecto, es importante resaltar que el citado artículo 6° confiere capacidad legal para contratar a los consorcios y uniones temporales, figuras que se definen en el artículo 7°.

Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada 'ventaja comparativa' ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario, debe reconocérsele. Y es precisamente ello lo que se pretende al conferir personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato a las uniones temporales y a los consorcios".

Más adelante, se precisó en la exposición de motivos:

"En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 7°, puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento específico de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes.

Para estos efectos, se prevé que en los pliegos, términos de referencia o cuadernos de requisitos, se precise si se pueden presentar propuestas, celebrar y ejecutar el contrato bajo la modalidad de consorcios o de uniones temporales. Igualmente se dispone que los proponentes deben indicar bajo qué modalidad participan y, en el evento de serlo a título de unión temporal, deben precisar los términos y extensión de la participación en la propuesta y en la ejecución del contrato (artículo 7°, parágrafo 2°)"⁸.

La definición legal de las uniones temporales.
 Inicialmente el artículo 6° de la ley 80 de 1993 confiere capacidad de contratación con las entidades estatales, entre otras personas, a las uniones temporales. Dice así esta norma:

"De la capacidad para contratar.- Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un aDo más" (negrillas no son del texto original).

La definición y alcances de las uniones temporales se encuentran en el artículo 7_ de la ley, el cual dispone:

"De los consorcios y uniones temporales.- Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y

omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Unión temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Parágrafo 1_.- Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, seDalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y seDalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

Parágrafo 2_.- Para efectos impositivos, a los consorcios y uniones temporales se les aplicará el régimen previsto en el estatuto tributario para las sociedades, pero en ningún caso estarán sujetos a doble tributación.

Parágrafo 3_.- En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios" (negrillas no son del texto original).

La Sala, en el Concepto No. 684 del 3 de mayo de 1995, sostuvo:

"La administración no puede incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, estipulaciones que impidan la participación de consorcios o uniones temporales. Estos pueden presentarse a los procesos de selección, en igualdad de condiciones con los demás proponentes".

Y la Sección Tercera de la Corporación, en auto del 13 de diciembre de 2001 (Exp. 21.305) expresó sobre la capacidad de las uniones temporales para ser parte en un proceso, lo siguiente:

"Por lo tanto, al no constituir la unión temporal, ni el consorcio, una persona jurídica diferente de los miembros que la conforman, no tiene capacidad para ser parte ni para comparecer en un proceso judicial. Dicha calidad se encuentra en

cabeza de las personas naturales o jurídicas que la han integrado para celebrar un contrato con el Estado, conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

Tanto es así, que la Sala ha establecido que si un consorcio, léase también unión temporal, se ve obligado a comparecer a un proceso como demandante o demandado cada uno de los integrantes debe hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario (...)".

En síntesis, como se advierte, los integrantes de una unión temporal responden solidariamente de la propuesta y de la ejecución del contrato, pero seDalan los términos y extensión de su participación en ella.

Esto último es de gran importancia puesto que las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones se imponen de acuerdo con la participación de cada uno de sus integrantes en la ejecución del contrato.

La consulta en este punto, se refiere a si en las convocatorias públicas de contratación, la calificación de la capacidad financiera de la unión temporal se puede hacer promediando la calificación con base en el porcentaje de participación de cada uno de sus integrantes o si se debe en todo caso hacer la suma de la capacidad de todos para obtener el puntaje.

3. La calificación de la capacidad financiera de la unión temporal. Respecto de la clasificación y calificación de los contratistas en el registro de proponentes, el artículo 22.3 de la ley 80 dispone:

"De la clasificación y calificación de los inscritos.- La clasificación y calificación la efectuarán las mismas personas naturales o jurídicas interesadas en contratar con las entidades estatales, ciDéndose estrictamente a la reglamentación que expida el gobierno nacional en aplicación de criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipos y se presentará a la respectiva Cámara de Comercio simultáneamente con la solicitud de inscripción. La entidad contratante se reservará la facultad de verificar la información contenida en el certificado expedido por la Cámara de Comercio y en el formulario de clasificación y calificación.

La capacidad financiera del inscrito se establecerá con base en la última declaración de renta y en el último balance comercial con sus anexos para las personas nacionales y en los documentos equivalentes a los anteriores, para las personas extranjeras.

La calificación determinará la capacidad máxima de contratación del inscrito y será válida ante todas las entidades estatales de todos los órdenes y niveles".

Por medio del decreto 92 de 1998 se reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes prevista en el artículo 22 de la ley 80. Pero tanto la ley, como el decreto reglamentario, prevén la clasificación y calificación para todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, por lo que debe entenderse que al no ser las uniones temporales personas jurídicas, no están sujetas a clasificación y calificación. De aquí surge la discusión sobre cómo establecer la capacidad máxima de contratación, llamada "el K de contratación" de una unión temporal.

Sobre este tema, los doctores Andrés Mutis y Andrés Quintero sostienen lo siguiente:

"La pregunta es cómo determinar el K de contratación cuando se está ante propuestas presentadas por consorcios o uniones temporales. Las tesis son varias y entre sí diversas. Para una primera el K del consorcio o de la unión será el valor resultante de promediar todos los K de los partícipes en dichas asociaciones; para otros un cálculo como el anterior no sólo desalienta la conformación de este tipo de agrupaciones, sino que contradice abiertamente el sentido mismo que propició la creación de dichas figuras. El K entonces debe ser la sumatoria de todos los K individuales de quienes participan en el consorcio o en la unión. Algunas entidades estatales no han querido matricularse en una u otra tesis optando por una posición intermedia en la que se requiere que, *al menos uno de los integrantes de la asociación*, acredite un determinado K.

En nuestro parecer no hay, ni puede haber, una única y valedera tesis en ese tema. Su complejidad impide la adopción, excluyente y exclusiva, de una única perspectiva. En algunos casos exigir en el pliego de condiciones que la sumatoria de los K supere una cifra determinada, puede ser la forma idónea de asegurar la concurrencia del tipo de proponentes cuya evaluación se requiere. En otros, en cambio, el método del promedio puede evitar la artificiosa reunión de unos partícipes cuyo único compromiso sea precisamente el de aportar un K para una sumatoria hacia una posible adjudicación. Igualmente válido es que la entidad encuentre suficiente que uno solo de los partícipes cumple con el K requerido. Al obrar así la contratante se sabe asegurada pues, no obstante la solidaridad que caracteriza a estas asociaciones, uno solo de sus integrantes reúne las exigencias demandadas".

La Sala estima que el artículo 29 de la ley 80 de 1993 ilustra los criterios de selección objetiva del contratista, en orden a que la entidad estatal haga la escogencia del ofrecimiento que le resulte más favorable a los fines específicos que ella busca.

Por tanto, la entidad estatal puede prever la forma de ponderar los factores sobre capacidad máxima de contratación de la unión temporal, al definir los requisitos objetivos para participar en el correspondiente proceso de selección, conforme a lo establecido en el numeral 5° del artículo 24 de la ley 80. En tal sentido, es viable que la entidad haga énfasis en el K de contratación del participante en la unión

temporal que responda mejor a las necesidades del servicio para el cual esté en proceso de selección de contratista, o que con base en este mismo criterio promedie o sume los K de los miembros de la unión temporal.

2. LA SALA RESPONDE

2.1 En cuanto a la prórroga del contrato.

- **2.1.1** El contrato de fiducia mercantil celebrado el 21 de junio de 1990 entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora S.A., para la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra vigente hasta el 31 de diciembre de 2002 y está sujeto lógicamente, a las cláusulas pactadas en él y a las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil.
- 2.1.2 Al vencimiento del plazo indicado en el punto anterior, el mencionado contrato no se puede continuar prorrogando hasta llegar al límite de los veinte aDos de duración máxima previsto para los contratos de fiducia mercantil, sino que de acuerdo con el sentido de la norma contenida en el inciso cuarto del numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se debe celebrar un nuevo contrato, previa la selección del contratista mediante el procedimiento de licitación pública, conforme a las disposiciones de dicha ley; contrato que debe ser de fiducia mercantil con base en lo establecido en el artículo 3° de la ley 91 de 1989 y la parte final del inciso segundo del parágrafo 2° del artículo 41 de la ley 80.

2.2 En cuanto a las uniones temporales.

- **2.2.1** Es viable jurídicamente que en los términos de referencia de la invitación pública para la contratación directa, se defina el criterio para estimar la calificación de la unión temporal, bien acogiendo la suma, el promedio o el partícipe de mayor K de contratación, todo dentro del marco que orienta la selección objetiva, esto es, que la entidad estatal debe establecer los factores de escogencia del contratista según los fines que ella busca con el contrato, en orden a seleccionar el ofrecimiento que objetivamente sea más favorable para la satisfacción de las necesidades que pretende resolver.
- **2.2.2** Con esta modalidad de calificación no se excede lo dispuesto por el artículo 7° de la ley 80 de 1993.
- **2.2.3** Es posible que esta modalidad de calificación restrinja la participación de uniones temporales en las convocatorias públicas, pero si ella está sustentada en factores objetivos que privilegien la posibilidad de escogencia de la oferta más favorable, según la necesidad que la entidad estatal pretende solucionar, no se quebranta la ley de contratación.

2.2.4 El derecho a la igualdad no se viola con esta modalidad de calificación de las uniones temporales, pues éstas concurren en igualdad de oportunidades con los otros participantes a las convocatorias públicas, ya que dicha modalidad refleja su capacidad real de contratación.

Transcríbase al seDor Ministro de Educación Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CÉSAR HOYOS SALAZAR SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Presidente de la Sala

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE AUGUSTO TREJOS JARAMILLO ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

CONSEJO DE ESTADO

Sala de Consulta y Servicio Civil

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Radicación No. 1.391

Referencia: FIDUCIA MERCANTIL. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Eventual prórroga del contrato. Calificación de las uniones temporales proponentes

Con toda consideración por lo decidido por la mayoría, me aparto del concepto rendido por las siguientes breves consideraciones:

- 1.El contrato de fiducia mercantil fue suscrito por expreso mandato del artículo 3° de la Ley 91 de 1989 protocolizado mediante escritura pública No. 0083 de 1990 para la administración de los recursos y operación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre la Nación Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora
- 2. El término de duración del contrato se acordó en tres aDos con vencimiento el 21 de junio de 1993 -, el cual conforme a la cláusula 9^ podía ser modificado o prorrogado por escrito, previo acuerdo de las partes.

- 3. Mediante escritura pública No. 1736 de junio 18 de 1993, las partes manifestaron su voluntad de prorrogar el contrato y acordaron: "el presente contrato podrá prorrogarse por períodos sucesivos de tres aDos a voluntad de las partes". (Clásula 1^, parágrafo segundo)
- 4. La ley 80 de 1993, estatuto general de contratación de la administración pública, entró en vigencia partir de su publicación en el Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.
- 5. El artículo 32.5 de la ley 80 de 1993, dispuso obviamente hacia el futuro que los encargos fiduciarios "que celebren las entidades estatales" tendrán por objeto el manejo de los recursos vinculados a los contratos "que tales entidades celebren" y que los encargos fiduciarios sólo "podrán celebrarse por las entidades estatales" con estricta sujeción a lo dispuesto en el estatuto mencionado "únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados".

Y agrega:

"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".

Por su parte el decreto 679 de 1994, reglamentario de la ley 80 de 1993, dispuso:

Artículo 22. De los encargos fiduciarios y contratos de fiducia. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de la ley 80 de 1993 hayan sido celebrados por las entidades estatales continuarán vigentes hasta su terminación en los términos pactados.

En adelante sólo podrán celebrarse acuerdos para adicionar el plazo o el valor de contrato de fiducia o encargo fiduciario, celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley 80 de 1993, con sujeción a las disposiciones de la misma.

Por consiguiente los contratos fiduciarios que la respectiva entidad estatal **no podrá celebrar a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993,** en adelante no podrán ser prorrogados".

Debo resaltar, primero, que en el caso sometido a consideración de la Sala no se está en presencia de una adición del contrato y, luego, que la prohibición expresa de prórroga prevista en el último inciso no tiene aplicación para el contrato de fiducia suscrito con la Previsora..

6. Dispone el artículo 78 de la ley 80/93:

"De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación."

Conforme al artículo 2036 del Código de Comercio - en armonía con el 13 de la ley 80 -, "los contratos mercantiles celebrados bajo el imperio de la legislación que se deroga conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación, con arreglo a lo establecido en los artículo 38 a 42 de la Ley 153 de 1887" (...)

En los términos del artículo 38 de la ley 153, "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración" y, por lo demás, las excepciones a este precepto no son materia de discusión.

De manera especial el artículo 27 del decreto 679 de 1994, dispuso que "los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley 80 de 1993 se continuarán rigiendo por las normas vigentes a la fecha de su celebración. Las modificaciones o prórrogas de los contratos celebrados a nombre de la Nación deberán realizarse por el representante de la nación o su delegado".

7. Esta abundante preceptiva indica que el contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Nación - Ministerio de Educación Nacional - y la Fiduciaria La Previsora, para la administración de los recursos y operación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está regido por la legislación anterior a la expedición de la ley 80 de 1993 y especialmente protegido, además de las otras disposiciones mencionadas, por la norma de transición contemplada en el artículo 22 del decreto 679 de 1974 y por el inciso 3° del artículo 32 de la ley en cita, de manera que tal contrato continúa vigente en los términos convenidos con la sociedad fiduciaria.

En este orden de ideas, no puedo compartir la conclusión que aparece en al final de la página 15, según la cual la incorporación de las normas existentes al tiempo de celebración del contrato "significa que estas se aplican durante la vigencia del contrato, esto es hasta su terminación, que se produce con el vencimiento del plazo acordado y sus prórrogas válidamente celebradas. Luego de este momento, hay lugar a aplicar la nueva normatividad y realizar un nuevo contrato".

Y no comparto tal apreciación porque mientras las prórrogas continúen acordándose entre las partes no puede hablarse de terminación del contrato; el efecto natural de todo convenio de prórroga es mantener vigente el contrato inicial. Ahora, las prórrogas deben reputarse válidas - mientras no haya prueba en contrario -, en tanto han sido celebradas conforme a lo previsto en las leyes que rigen el contrato - como se dejó indicado - y al convenio mismo.

8. Ahora, también afirma el concepto que "Cumplido el plazo entonces, había necesidad de ajustar el contrato de acuerdo con las limitaciones de la ley 80 de 1993, esto es, adicionarlo en no más del 50% de su valor (inciso 2° del parágrafo

del artículo 40 de la ley 80 de 1993). De no ser posible lo anterior, lo procedente será celebrar un nuevo contrato" -página13 - criterio que tampoco comparto pues, se reitera, "los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de la ley 80 de 1993 hayan sido celebrados por las entidades estatales continuarán vigentes hasta su terminación en los términos pactados" - art. 22, decreto 679/94 - y como el contrato de fiducia que ocupó a la Sala no ha terminado, está vigente, no hay lugar a aplicarle el artículo 40 de la ley 80, máxime cuando las normas de transición que protegen y rigen esta clase de contratos no los limitaron ni en el tiempo ni en la cuantía y, además, por otra razón esencial: porque en el caso bajo examen no se está en presencia de un contrato adicional, sino de una prórroga del contrato inicial, distinción que determina los alcance de la normatividad pertinente al caso.

9. Igualmente discrepo de la interpretación que hace la Sala en cuanto sostiene que no se puede hablar del derecho adquirido a la prórroga, con fundamento en una cláusula que "estipule la facultad para las partes de hacerla, pues precisamente la prórroga no es un derecho cierto que entra al patrimonio de una persona sino una simple expectativa que puede ocurrir o no", pues independientemente de esta discusión, todas las normas de transición citadas persiguen garantizar las condiciones derivadas del régimen vigente para los contratos en curso, de manera que la voluntad de las partes - autonomía de la voluntad - sea respetada y que los términos pactados prevalezcan frente a la nueva legislación, lo que en la práctica implica la prohibición de la aplicación retroactiva de la nueva legislación y, por contera, el respeto de los derechos derivados de las convenciones en curso al momento de la promulgación de la nueva ley.

En efecto, el problema a dilucidar no es si se está en presencia de un derecho adquirido - asunto que no está en discusión - sino la vigencia de una estipulación contractual pactada por las partes en el contrato original, que ha venido produciendo sus efectos naturales hasta la fecha. Así, mientras la Sala considera que ella no conserva validez frente a la nueva legislación, mi posición jurídica implica que tal estipulación la tuvo, la tiene y la tendrá, conforme a la legislación anterior que rige el contrato.

En estas condiciones, resulta inaceptable concluir que no es posible pactar otra prórroga sino que debe celebrarse nuevo contrato, cuando: 1. No se está en presencia de una adición del contrato; 2. Las prórrogas están previstas en el contrato inicial; 3. Las prórrogas se han pactado invariablemente conforme a la legislación imperante al momento de celebración del contrato; 4. El contrato se encuentra vigente por razón de lo acordado y protocolizado en la escritura pública No. 3025 de mayo 22 de 2000, que prorroga el plazo de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2002. 5. La legislación de transición habilita a las partes para acodar las prórrogas del contrato que consideren pertinentes hasta su terminación, en los términos pactados.

10. Finalmente considero que conforme al artículo 3° de la ley 91 de 1989 el contrato para manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es y debe ser de fiducia mercantil.

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Consejero

- ¹ Aún cuando mediante el decreto 632 de 1990 se delegó en el Ministro de Educación Nacional la celebración del contrato, actuaron en el mismo, en representación de la Nación, tanto el seDor Presidente de la República como el mencionado Ministro.
- ² Transformada en sociedad anónima por medio de la escritura pública No. 462 del 24 de enero de 1994 de la Notaría 29 de Bogotá.
- ³ No obstante que, de conformidad con el numeral 2° del artículo 146 del estatuto orgánico del sistema financiero, el decreto ley 663 de 1993, en concordancia con el artículo 1° del decreto 847 de 1993, no se requería elevar el acuerdo a escritura pública, por no recaer esta fiducia sobre bienes inmuebles, las partes decidieron protocolizarlo, tal como lo manifiestan expresamente en el mismo.
- 4 Por ejemplo, en los Conceptos Nos. 942 del 30 de enero de 1997, 1074 del 4 de marzo de 1998, 1121 del 26 de agosto de 1998 y 1285 del 25 de agosto de 2000.
- ⁵ "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería".
- ⁶ La remuneración en el contrato de fiducia **mercantil** es un elemento de la naturaleza del contrato, no de su esencia; mientras que en el contrato de fiducia **pública** sí es de su esencia, por la disposición contenida en el inciso primero del artículo 41 de la ley 80 de 1993 que menciona expresamente la contraprestación como elemento en los contratos estatales. Ver Concepto No. 1121 del 26 de agosto de 1998.
- ⁷ Exposición de motivos de la ley 80 de 1993. Estatuto de la contratación administrativa. Ley 80 de 1993 y normas complementarias. Cuadernos de legislación. Edit. Temis, Bogotá, 1993, págs. 44 y 45.

⁸ Ibidem, págs. 80 y 81.

⁹ Andrés Mutis Vanegas y Andrés Quintero Múnera. La contratación estatal: análisis y perspectivas. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, pág. 209.