

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero Ponente: **JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ**

Bogotá, D.C., mayo siete (7) de dos mil ocho (2008)

REF: 11001-03-24-000- 2002-00437-01(**13917**)
ACTOR: **UNIÓN TEMPORAL C/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA**
AUTORIDADES NACIONALES
F A L L O

Se decide la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de UNION TEMPORAL contra los Oficios 2000089059-7 de 14 de junio de 2001, 2000089059-15 de 12 de octubre de 2001 y 2000089059-20 de 11 de junio de 2002 mediante los cuales la SUPERINTENDENCIA BANCARIA [Superintendente Delegada para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías] dispuso la contabilización de los aportes a los Fideicomisos I y II constituidos mediante contrato de fiducia mercantil celebrado entre la actora y la Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio S.A. COMMSA S.A.

ANTECEDENTES

La Nación Colombiana requería la realización de obras de rehabilitación, construcción, operación, mantenimiento y prestación de servicios del proyecto vial El Vino - Tobía Grande - Puerto Salgar - Villeta - Honda - La Dorada - San Alberto, en los Departamentos de Cundinamarca, Tolima, Caldas, Santander y Cesar.

Mediante la suscripción de un contrato de empréstito con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, la Nación obtuvo los recursos necesarios para la realización de tales obras, que decidió ejecutar a través del Instituto Nacional de Vías - **INVIAS** -, quien a su turno y para tal efecto, suscribió el **Contrato de Concesión 0388 de 1997**, con la **Concesionaria del Magdalena Medio S.A. COMMSA S.A.**

Los recursos del contrato de concesión, en suma, provenían de los aportes de la Nación por US \$137.1 millones de dólares, suministrados como se anticipó, por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, al igual que del recaudo de peajes y la inversión privada del concesionario, constituida por un 20% del capital de riesgo y un 80% por créditos hasta por US \$315 millones.

En el referido contrato de concesión se estableció que para el manejo de los recursos destinados al desarrollo de la obra se suscribiría un **contrato de Fiducia Mercantil**; para lo cual fue seleccionada la **UNIÓN TEMPORAL**, conformada por la **Sociedad Fiduciaria Industrial S.A. FIDUIFI S.A.** y la **Fiduciaria del Estado S.A. FIDUESTADO S.A.**

En 1998 al iniciarse el contrato de concesión y en consecuencia el contrato de fiducia mercantil, el fideicomitente recibió del INVIAS, un aporte inicial de capital por US \$37.1 millones que entregó a las fiduciarias, con el fin de constituir el **Fideicomiso I** y posteriormente, recibió los aportes anuales por US\$ 40 millones, con los cuales constituyó el **Fideicomiso II**; cantidades ambas, que produjeron inicialmente la suma de \$42.000.000.000 cuyo registro contable y destino ocasionaron controversia entre las partes del contrato.

Ante las dudas que le asistían no solo a COMMSA S.A. sino también al INVIAS respecto del registro en la contabilidad de los Fideicomisos I y II, de los aportes del INVIAS, al igual que sus rendimientos, Unión Temporal, solicitó a la Superintendencia Bancaria el 18 de octubre de 2000, la habilitación de un Código PUC en la cuenta de corrección monetaria, en el que se permitiera registrar el valor de los ajustes por inflación a los pasivos, que debían ser pagados en especie o en servicios futuros.

El **Contrato de Concesión** celebrado entre el INVIAS y COMMSA S.A., que dio origen al Contrato de Fiducia Mercantil, **terminó** en forma anticipada, ante su **declaratoria de caducidad por el INVIAS**.

El 21 de diciembre de 2000 la Superintendencia Bancaria expidió la **Circular Externa 082**, en la que precisó algunos aspectos del manejo de Fideicomisos que administran recursos de concesiones cuyo objeto es la construcción y explotación de obras públicas; fijó de manera general su criterio sobre el tema y la remitió al demandante por **oficio 2000089859-1 de 22 de diciembre de 2000**.

El **14 de junio de 2001** la Superintendencia Delegada para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías expidió el **Oficio 2000089059-7** con el fin de dar alcance al oficio de 22 de diciembre de 2000 y dio las siguientes órdenes: **Los aportes del INVIAS se deben contabilizar en la cuenta del pasivo “Cuentas por Pagar”, el cual debe ser ajustado por inflación. Los rendimientos se deben contabilizar en cuentas por pagar pero sin ajustar por inflación.**

Contra este oficio Unión Temporal interpuso los recursos de **reposición y apelación**, los cuales fueron decididos por la Superintendencia Bancaria a

través de los **Oficios 2000089059-15 de 12 de octubre de 2001 y 2000089059-20 de 11 de junio de 2002**, en los que consideró que los aportes realizados por el INVIAS debían ser contabilizados como un pasivo del patrimonio autónomo y los rendimientos financieros de los mismos debían registrarse como un mayor valor de ese pasivo, sin que fuera procedente el ajuste por inflación de este mayor valor.

LA DEMANDA

UNIÓN TEMPORAL demanda la nulidad de los Oficios 2000089059-7 de 14 de junio de 2001, 2000089059-15 de 12 de octubre de 2001 y 2000089059-20 de 11 de junio de 2002 expedidos por la Superintendente Delegada para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías. A título de restablecimiento del derecho pide que se declare la vigencia de la Circular Externa 082 de 21 de diciembre de 2000 y su aplicación al registro de contabilidad de los Fideicomisos I y II.

Invoca como normas violadas los artículos 6, 121, 122, 189[24] de la Constitución Política; 35 y 44 del Código Contencioso Administrativo; 5 de la Ley 58 de 1982; 95[1] y 396[3-b] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; 101 del Decreto 111 de 1996, 36 del Decreto 2649 de 1993; 1226 del Código de Comercio; 27, 28, 32[4] y 41 inciso primero de la Ley 80 de 1993 y la Circular 082 de 2000 proferida por el Superintendente Bancario.

Desarrolló los cargos de violación así:

I. Defectos de carácter jurídico:

1. Falta de notificación personal de la comunicación 2000089059-7 de 14 de junio de 2001 que es un acto administrativo que genera consecuencias

jurídicas, en la medida en que puso término a una actuación de la Superintendencia Bancaria [artículo 44 del Código Contencioso Administrativo], por lo tanto debía ser notificada personalmente, no obstante, la Unión Temporal se dio por notificada por conducta concluyente.

2. Falta de motivación de los actos demandados porque en los mismos no se expresan las razones de la decisión de cómo la demandante debía llevar su contabilidad. Tampoco se indicó el motivo que llevó a la demandada a considerar los aportes efectuados por el INVIAS como pasivo y no como patrimonio. Esto viola el debido proceso porque impide que el afectado pueda conocer los motivos de la decisión y ejercer eficazmente el derecho de defensa.

3. Violación de las facultades que las disposiciones legales le confieren a la Superintendencia Bancaria. Los Oficios 2000089059-7 de 14 de junio de 2001 y 2000089059-15 de 12 de octubre de 2001, **contrarían la Circular Externa 082 de 2000** emitida por la Superintendencia Bancaria, que es de carácter superior y general, pues las directrices que dan los Superintendentes no pueden ser desconocidas por los Delegados. La Circular Externa 082 estableció que los aportes que se efectúen a los fideicomisos deben contabilizarse en el Código 73 bienes fideicomitidos (cuenta del patrimonio) y así se lo comunicaron a la demandante por oficio de 22 de diciembre de 2000, sin embargo, en las comunicaciones demandadas se ordenan registrar los aportes del INVIAS en la cuenta del pasivo.

Además, la Circular Externa no hace referencia a los rendimientos financieros, por lo cual de conformidad con el Plan Único de Cuentas del Sector Financiero PUC se registran como ingresos de los Patrimonios Autónomos; sin embargo, en las comunicaciones se ordena su registro como

un mayor valor de los aportes del INVIAS, es decir, como un mayor valor del pasivo.

También los actos acusados violan los artículos 6, 121 y 122 inciso de la Constitución Política, porque se **expidieron sin competencia**, en tanto que la facultad que le asiste a la demandada para expedir normas generales o reglamentos técnicos no se encuentra asignada a ningún Superintendente Delegado o funcionario en particular; solo puede ser ejercida por el Superintendente Bancario.

Se transgredieron los artículos 95[1] y 326[3-b] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero porque **tales normas no le confieren a la Superintendencia Bancaria facultades para reglamentar un caso en particular**; por el contrario, la facultad es exclusivamente para dictar normas de carácter general en materia contable, sin que permita llevar la instrucción particular a un nivel que inhiba o haga nugatoria la autonomía consagrada en la Ley, hasta el punto de dirigir la contabilidad, en contravía de la facultad constitucional que advierte el artículo 189[24] de la Carta para ejercer de acuerdo con la Ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras; y de la autonomía de las vigiladas para escoger métodos accesorios en materia contable.

Tampoco corresponde a la Superintendencia Bancaria efectuar definiciones, como la de señalar que los aportes del INVIAS son recursos de la Nación y que los rendimientos generados pertenecen a ella. En concepto rendido por el Director General de Presupuesto Público Nacional señaló que tales aportes pasarían a ser bien del particular o del patrimonio autónomo, por lo tanto, salvo disposición en contrario, los rendimientos del aporte son del respectivo patrimonio autónomo.

II. Defectos de carácter contable:

1. Contabilización de los aportes como pasivo: se transgredió el artículo 36 del Decreto 2649 de 1993 que define lo que debe entenderse por pasivo; enunciación de la que necesariamente se concluye que al contabilizar los aportes como pasivos, éstos se constituirían en obligaciones o créditos del patrimonio autónomo con el INVIAS y si ello fuera así, en el texto del contrato de concesión o en el contrato de fiducia deberían indicarse las condiciones con fundamento en las cuales se debería cubrir ese crédito. Además, un fideicomiso se constituye mediante el traslado de la propiedad de los bienes que lo integrarán y no mediante la constitución de una obligación o pasivo; no puede confundirse la contabilidad del fideicomitente con la contabilidad de los fideicomisos, pues si bien la entrega de un aporte por parte del INVIAS al fideicomitente puede significar para éste último un ingreso o pago anticipado, para el fideicomiso la entrega que el fideicomitente haga de tal suma, significa un aporte que por tal motivo deberá registrarse en el patrimonio.

2. La contabilización de los rendimientos como un mayor valor de los aportes: Si de acuerdo con la definición de fiducia mercantil del artículo 1226 del Código de Comercio, las sumas que ingresaron a los Fideicomisos I y II son de su propiedad, debe necesariamente concluirse que los rendimientos financieros que éstos produzcan también pertenecen a los fideicomisos y que en el estado de resultados corresponden a un ingreso. Pero, si por el contrario los aportes son registrados como un pasivo y los rendimientos financieros que ellos produzcan se registran como un mayor valor de ese pasivo, ello conduciría a la conclusión que los Fideicomisos son deudores del INVIAS, pese a lo no suscripción de ningún contrato de empréstito con dicho Instituto.

Fundamentos jurídicos de los registros contables que recogen la realidad del negocio realizado. Los artículos 32[4] y 41 inciso 1 de la Ley 80 de 1993 establecen los elementos esenciales del contrato de concesión a los cuales se ciñó el contrato 0388 de 1997 celebrado entre el INVIAS y COMMSA S.A. La obligación del contratista de construir la carretera, tenía como prestación equivalente la remuneración pactada, consistente en los aportes o contribuciones del INVIAS, para que en cumplimiento de las obligaciones contractuales constituyera un contrato de fiducia mercantil que le permitiera asegurar los recursos y destinarlos al objeto convenido.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La demandante solicitó la suspensión provisional de los actos acusados, medida que fue negada por la Sección Primera del Consejo de Estado por auto del 12 de diciembre de 2002 porque era necesario efectuar un cuidadoso estudio que implicaba un amplio y profundo análisis, propio del momento procesal de dictar sentencia.

Como los actos administrativos demandados fueron expedidos por la Superintendencia Bancaria, la Sección Primera del Consejo de Estado por auto del 13 de marzo de 2003, dispuso el envío del expediente por competencia a la Sección Cuarta.

OPOSICIÓN

La Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) expone los siguientes argumentos de defensa:

Propone la **excepción de inepta demanda por la no aducción de hechos en la vía gubernativa**. El cargo de violación del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo por la falta de notificación personal de la instrucción contenida en el Oficio 2000089059-7 de 14 de junio de 2001 no fue objeto de debate en la vía gubernativa.

Además, se deben declarar probadas las excepciones genéricas que resulten probadas en el proceso [artículo 164 del Código Contencioso Administrativo].

En lo de fondo sostiene que la Superintendencia Bancaria cuenta con la facultad de regulación de las actividades financiera, bursátil y aseguradora, contemplada concretamente por el artículo 326[a-3] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Además, tiene asignadas las funciones de regulación en materia contable (artículo 326 [b-3] ibídem) y en este sentido las entidades sometidas al control de la Superintendencia deben ceñirse a las normas generales que sobre la materia expide tal entidad, de acuerdo igualmente, con el artículo 95 ibídem, modificado por el 38 de la Ley 510 de 1999, disposición que establece una cláusula general de competencia para dictar normas generales contables respecto de sus entidades vigiladas.

La Circular Externa 082 de 2000 fue expedida por la Superintendencia Bancaria en uso de las facultades del artículo 326 [3.b] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, como un instructivo de carácter general para todas las sociedades fiduciarias y sobre la forma de verificar el cumplimiento de dicha norma por parte de las sociedades vigiladas, el artículo 328 ibídem, sustituido por el 4 del Decreto 2359 de 1993, permite inferir que los Superintendentes Delegados son competentes para instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad. A su turno, el artículo 1 [3. párrafo]

del Decreto 2489 de 1999, mediante el cual se modificó la estructura de la Superintendencia Bancaria, dispuso que en adelante le correspondería a la Delegatura para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías ejercer el control y vigilancia, entre otras, de las sociedades fiduciarias; por lo que es claro que la Superintendente Delegada para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías era competente para señalar o instruir sobre la forma de acatar las normas de carácter contable, entre ellas la Circular Externa 082 de 2000. No puede confundirse la facultad de regulación que radica en cabeza del Superintendente Bancario, con la facultad de instrucción que se encuentra asignada a cada Superintendente Delegado.

La instrucción sobre el manejo de la contabilidad de los fideicomisos constituidos por COMMSA S.A. con la Unión Temporal FiduiFi – Fiduestado, responde a esta facultad de la Superintendencia Delegada y no es una nueva reglamentación. Se impartió una instrucción sobre la forma en que la reglamentación existente debía ser interpretada, a fin de que la contabilidad se adaptara a la realidad del negocio fiduciario celebrado.

El artículo 137 del Decreto 2649 de 1993, adicionado por el artículo 5 del Decreto 2337 de 1995, consagró el principio de la aplicación subsidiaria o supletiva de las normas contenidas en los artículos 61 a 136 del Decreto 2649, de tal suerte que las normas especiales que dicten autoridades diferentes al Presidente de la República a fin de regular la contabilidad, para este caso, la Superintendencia Bancaria, se aplican de preferencia a las anteriores y solo en lo que no esté claramente definido en ellas, se pueden utilizar métodos accesorios de contabilidad.

Los Oficios no adolecen de falta de motivación porque la instrucción se fundamentó en los artículos 11 y 12 del Decreto 2649 de 1993 y tuvo en cuenta las clasificaciones asignadas en cada caso por el Plan Único de Cuentas - PUC-, así como los contratos de concesión, fiducia mercantil, empréstito y demás documentos. Además, se señalaron clara, concreta y suficientemente las razones de hecho y de derecho que dieron lugar a la instrucción.

El oficio 2000089059-7 surgió como respuesta a una consulta de la fiduciaria y frente a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo no procedía su notificación personal, por lo que fue remitida al domicilio de la Sociedad Fiduciaria Industrial S.A., en el entendido de que ésta como administradora del fideicomiso respectivo, era la directamente interesada en su contenido. Una vez enterada la sociedad fiduciaria de la respuesta suministrada, interpuso los recursos pertinentes, por lo que la Unión Temporal se entiende notificada por conducta concluyente.

Finalmente, en los Oficios 2000089059-15 y 2000089059-20, que decidieron los recursos de reposición y apelación, se modificó la decisión adoptada mediante el Oficio 200008959-7 de junio 14 de 2001 y se suprimió la referencia al artículo 101 del Decreto 111 de 1996 y cualquier alusión a la calificación de los recursos de la Nación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte actora** no presentó alegatos.

La **parte demandada** reitera los argumentos de la contestación de la demanda, particularmente sobre las facultades de regulación e instrucción de

la Superintendencia Bancaria y la forma como los Superintendentes Delegados deben avocar la vigilancia y control de las entidades que, de acuerdo con la distribución interna de competencia, le corresponde adelantar a cada uno de ellos.

La motivación de los actos es suficiente, máxime que no se exige como requisito de legalidad la pormenorización de las razones de defensa expuestas por cada uno de los intervinientes; además de hacerlo sin sujetarse únicamente a las normas contables sería adentrarse en decisiones propias de los sujetos intervinientes en la fase contractual.

Una de las condiciones para aplicar la Circular Externa 082 de 2000 era que los aportes a contabilizar en la cuenta PUC 73105 fueran recibidos del fideicomitente, lo cual no fue lo que se presentó en este caso, pues los dineros fueron entregados por el INVIAS y no por COMMSA.

Tampoco puede considerarse que el aporte inicial del INVIAS sea considerado como un ingreso del concesionario (COMMSA) a título de contraprestación, pues la Cláusula Cuarta del Contrato de Concesión estipula que la contraprestación por la ejecución del contrato es la cesión por parte del INVIAS de los derechos de recaudos de peajes.

De acuerdo con lo anterior, los recursos entregados por el INVIAS en desarrollo del numeral 18.2 de la Cláusula Decimoctava del Contrato de Concesión son de la naturaleza de los pasivos y así deben ser contabilizados. Además, la actuación administrativa se generó porque la sociedad Fidufi, le formuló consulta a la Superintendencia Bancaria con el fin de habilitar un código para registrar los ajustes por inflación derivados del dinero que venía siendo contabilizado como un pasivo a favor del INVIAS.

De otra parte, los fideicomisos cuentan con obligaciones presentes derivadas de las entregas de recursos a título de aportes por parte del INVIAS, por lo que en el futuro se debe transferir la obra construida que originó la entrega, de ahí, que esos recursos sí deben considerarse como un pasivo al igual que sus rendimientos.

MINISTERIO PÚBLICO

Representado por la Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación solicita acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, para lo cual expone los siguientes argumentos:

No se debe anular el Oficio 2000089059-7 por falta de notificación personal, porque la ausencia de tal notificación se constituye en un motivo de inoponibilidad de la misma y no una causal de nulidad. Además, porque contra él se interpusieron los recursos de Ley, por tanto, se configuró una notificación por conducta concluyente.

La motivación de los actos demandados es suficiente para justificar la decisión, porque se hizo un análisis jurídico del contrato de concesión celebrado entre INVIAS y COMMSA S.A. y del contrato de empréstito internacional adquirido por INVIAS.

Pese a ser cierto que no existe norma que faculte a la Superintendencia para dictar normas de carácter particular en materia contable, debe recordarse que dicha Entidad, en desarrollo de sus funciones de control, inspección y vigilancia puede instruir a sus vigiladas acerca de cómo dar aplicación a las normas de carácter general.

En lo de fondo señala que los actos cuestionados contrarían la naturaleza de la fiducia de administración, pues, el negocio estipulado entre las partes fue el de una fiducia comercial, exactamente el de un fideicomiso de administración y pagos; entonces, como existen contratos de concesión de actividades que exigen un componente operativo y una especialización particular, como la atención de pagos, la constitución de patrimonios autónomos para asegurar el manejo eficiente de los recursos destinados al pago de las cuentas por cobrar que se deriven en el desarrollo de obras e inversiones públicas, no puede equipararse al desarrollo mismo del contrato de concesión, motivo por el cual no le es dado a la Superintendencia crear vínculos entre el INVIAS y la Fiduciaria, diferentes al contrato de fiducia mercantil; en consecuencia, los aportes entregados por el INVIAS no pueden ser contabilizados como un pasivo en la contabilidad de la fiduciaria.

Además, la instrucción demandada viola la Circular Externa 082 de 2000, norma superior que informó que los fideicomisos que administran recursos de concesiones cuyo objeto es la construcción y explotación de obras públicas, son de administración y pagos, del tipo 3, subtipo 1; y que los aportes al fideicomiso deben contabilizarse en código 73 - bienes fideicomitados y la obra en ejecución debe registrarse como construcciones en curso en el código PUC – 71810.

No puede pretenderse que los rendimientos sean ingresos de la entidad fiduciaria, porque contraría el artículo 1234[2] del Código de Comercio, ya que el patrimonio autónomo se forma con los bienes del fideicomiso, en este caso los aportes del INVIAS y sus respectivos rendimientos, que es diferente al patrimonio de la fiduciaria; por ello, no se puede pretender que los rendimientos correspondan a los ingresos de la entidad fiduciaria; además,

que sería tanto como darles una destinación a manera de remuneración, que no fue prevista ni en el contrato de fiducia ni el contrato de concesión, ni la Circular 082 de 2000 indicó nada respecto de tales rendimientos, por lo que no puede disponerse de ellos de cualquier manera.

De acuerdo con lo anterior, los Oficios demandados deben ser anulados porque contarían la Circular Externa 082 de 2000 y deben negarse las pretensiones relacionadas con el carácter de ingresos que se pretende dar a los rendimientos de los aportes del INVIAS.

AUDIENCIA PÚBLICA

La Sección mediante auto de 27 de Julio de 2006 decretó la práctica de la audiencia pública prevista en el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo, la cual se llevó a cabo el 17 de agosto de 2006 con las siguientes intervenciones:

La demandada

La Superintendente Delegada para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias precisó que mediante los oficios demandados se impartieron y confirmaron a la Unión Temporal las instrucciones sobre la forma de registrar la contabilidad del patrimonio autónomo constituido mediante contrato de fiducia mercantil celebrado entre la Unión Temporal y COMMSA S.A.

Después de un exhaustivo análisis sobre cada uno de los contratos celebrados se concluyó que el contrato de fiducia estaba supeditado a las Leyes 80 de 1993 y 105 de 1993; y de acuerdo con la realidad económica y financiera del contrato y asumiendo que la realización de los negocios estaba supeditada al desarrollo de la concesión contratada, concluyó que los aportes

efectuados por el INVÍAS debían estar contabilizados como pasivos y así lo informó a la Unión Temporal. Esto por cuanto las normas contables generales no respondían a las circunstancias particulares y al desarrollo del contrato.

El contador de la Superintendencia Bancaria explicó que la Circular Externa 082 de 2000 es un instructivo de carácter general, destinado a todas las fiduciarias respecto de las cuales se predicen unas condiciones determinadas para una adecuada clasificación de los fideicomisos destinados a la construcción y explotación de obras públicas.

Según la Circular 82 los aportes al fideicomiso se deben contabilizar en la cuenta 73 donde se registran los bienes del fideicomitente porque se consideran aportes únicamente a los realizados por el fideicomitente, situación diferente en este caso, pues, quien realizó los aportes no fue el fideicomitente sino INVÍAS, por lo cual el tratamiento también debía ser diferente y correspondía contabilizarlo como un pasivo del fideicomiso.

Del análisis de las cláusulas 1, 2, 4, 5, 6 y 40 del Contrato de Concesión INVÍAS-COMMSA, la remuneración al concesionario era la cesión de los derechos de peaje de determinadas casetas y para su cumplimiento se le obligó a la constitución de un fideicomiso que no podrá contradecir lo estipulado en el contrato y cuyo objeto era la administración de los recursos de la concesión para asegurar que la destinación de los fondos fuera únicamente para la concesión.

Finalmente, si se trataran como bienes fideicomitados no se estaría reflejando la realidad económica del contrato, pues se revelaría en la contabilidad que COMMSA TRANSFIRIÓ BIENES de su propiedad al fideicomiso, cuando el

que realmente transfirió fue INVÍAS. Además, la única forma de pago pactada fue la cesión al concesionario de los derechos de recaudo de peaje.

La demandante

Los aportes entregados por el INVÍAS al Fideicomiso correspondieron a un crédito internacional efectuado por el Estado Colombiano, aunque no dejen de ser recursos estatales, su traslado, primero al contratista y luego al fideicomiso implica que la propiedad sobre ellos se pierda y la adquiera el patrimonio autónomo. Estos dineros dejaron de ser dineros públicos y adquirieron el carácter de privados.

No se pueden confundir la contabilidad de COMMSA como concesionario y contratista del INVÍAS con la contabilidad del patrimonio autónomo. Tampoco por el hecho de que COMMSA tuviera un pasivo con el INVÍAS significaba que el fideicomiso también lo tuviera.

Estos recursos del INVÍAS están protegidos debidamente, primero mediante el contrato de fiducia, según por la cláusula de reversión que se incluyó en el contrato de concesión y además se incluyó otra cláusula en el contrato que estipulaba que si en algún momento el contrato terminaba, los recursos que habían sido entregados al concesionario debían regresar al INVÍAS una vez liquidado el contrato.

El Ministerio Público

El Procurador Sexto Delegado ante la Corporación expresó que era importante que el Consejo de Estado sentara jurisprudencia sobre el tema, pues primero, la Ley 80 de 1993 prohíbe la fiducia mercantil, salvo contados

casos. En esta Ley sólo contempla la posibilidad de la fiducia que no implique transmisión de la propiedad. Segundo, el surgimiento del patrimonio autónomo, no lo es, porque es un patrimonio especial conformado por la finalidad que es la realización de la obra, la explotación de la concesión. Los pasivos que surgen son para atender esa finalidad.

La Ley 80 de 1993 también previó que los dineros públicos que se manejan de manera fiduciaria no pierden su naturaleza de ser dineros públicos.

Si se considera que el INVÍAS es de alguna manera el constituyente en la fiducia mercantil, podría considerarse que los dineros aportados por él fueran manejados como pasivos del patrimonio autónomo, pero el problema está en que la misma Ley 80 establece que las entidades públicas no pueden celebrar fiducia mercantil.

De todos modos, INVÍAS es beneficiario y acreedor, lo primero porque al terminar la concesión, la carretera pasa a manos de esa entidad y, lo segundo porque prestó una plata, no exactamente a COMMSA, sino a la concesión para que realizara su tarea, de manera que podría hablarse de la posibilidad de que el INVÍAS celebrara una fiducia que no podía celebrar. Lo que hizo INVÍAS fue colocar unos dineros para que COMMSA cumpliera su cometido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir sobre la legalidad de los Oficios 2000089059-7 de 14 de junio de 2001, 2000089059-15 de 12 de octubre de 2001 y 2000089059-20 de 11 de junio de 2002, emitidos por la Superintendente

Delegada para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías, mediante los cuales dispuso que los aportes entregados por el INVIAS a COMMSA S.A., en virtud del Contrato de Concesión 0388 de 1997 para la construcción, operación, mantenimiento de la obra pública y que esta última a su vez entregó a UNION TEMPORAL en virtud del contrato de fiducia, deben contabilizarse como un pasivo del patrimonio autónomo y que los rendimientos de los mismos deben ser registrados como un mayor valor de ese pasivo; con lo que en sentir de la actora se dejó sin vigencia la Circular Externa 082 de 21 de diciembre de 2000.

Excepción propuesta

Como cuestión previa, estudiará la Sala la excepción de inepta demanda propuesta por la Superintendencia Bancaria con fundamento en que el cargo relacionado con la falta de notificación personal del Oficio 2000089059-7 de 14 de junio de 2001 a la Unión Temporal, no fue objeto de debate en la vía gubernativa.

La excepción propuesta no está llamada a prosperar, pues, vistos los antecedentes administrativos se observa que, contrario a lo alegado por la demandada, tal cargo sí fue planteado en el recurso de reposición interpuesto por UNION TEMPORAL contra el Oficio mencionado [folio 184 c.a.] y aunque tal inconformidad no fue analizada en los actos que resolvieron los recursos, el argumento sí fue planteado.

Precisado lo anterior procede la Sala a resolver sobre los cargos de ilegalidad planteados en la demanda.

I. Defectos de carácter jurídico:

1. Falta de notificación personal de la comunicación 2000089059-7 de 14 de junio de 2001 a la UNIÓN TEMPORAL, por tratarse de un acto administrativo que genera consecuencias jurídicas.

La Sala ha considerado en reiteradas oportunidades que la notificación del acto administrativo, no es una simple ritualidad, sino que se constituye en la forma como se garantiza no solo el principio de publicidad, conforme con el cual las autoridades deben dar a conocer sus decisiones, sino además el principio de contradicción, en virtud del cual los afectados con la decisión tienen la oportunidad de controvertirla por los medios legales señalados por la Ley. Estos dos principios convergen en el derecho de defensa, pues por medio de la notificación, se informa al interesado de una decisión gubernativa que lo afecta y le da la posibilidad de cuestionarla.

En el presente caso, la referida comunicación fue enviada al domicilio de FIDUIFI, y aunque no fue notificada de manera personal, a juicio de la Sala, el proceder administrativo cumplió su finalidad, toda vez, que FIDUIFI era la Representante Legal de la Unión Temporal, como se aprecia en la Cláusula Primera del OTROSI 4 del contrato de Unión Temporal Magdalena Medio (folios 73 y 74 c.ppal.) y en tal calidad interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación contra la mencionada comunicación.

Así las cosas y en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, la parte demandante se dio por suficientemente enterada al interponer oportunamente los recursos legales procedentes por la vía gubernativa; con lo que se suplió la falencia en la que incurrió la Administración al haber operado la notificación por conducta concluyente. Precisamente así lo manifestó la Fiduciaria al interponer los recursos en la

vía gubernativa (folio 185 del c.a.), los cuales fueron decididos por lo que se garantizó el derecho de contradicción y defensa. No prospera el cargo.

2. Falta de motivación de los actos demandados porque en los mismos no se indicó el motivo que llevó a la demandada a considerar los aportes efectuados por el INVIAS como pasivo y no como patrimonio y por lo tanto, se desconoció el derecho de defensa y el debido proceso, al impedir el conocimiento de los fundamentos de la decisión en relación con la forma cómo debía llevarse la contabilidad.

La Sala advierte que la motivación que contienen los actos demandados, se ajustan a la exigencia del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, pues como se aprecia en sus consideraciones, se exponen los antecedentes contractuales al igual que los documentos que soportan el manejo contable, que a su vez le sirven de sustento a la demandada para expedir las instrucciones a la actora, además de las razones de hecho y de derecho que fundamentaron las decisiones acusadas, todo lo cual denota, el despliegue de una actividad de análisis de la situación fáctica, consistente en determinar **la naturaleza** de los aportes y de los rendimientos que en virtud del contrato de fiducia administraba la UNION TEMPORAL en orden a establecer si los mismos podían ser contabilizados como pasivo del negocio fiduciario o si por el contrario deben contabilizarse como patrimonio.

Estima la Sala que dicha manifestación es suficiente para tener por cumplido el requisito reclamado por la demandante, de allí que no se evidencia la violación al derecho al debido proceso y el de defensa por ausencia de motivación de los actos demandados. No prospera el cargo.

3. Violación de las facultades que las disposiciones legales le confieren a la Superintendencia Bancaria. Los actos acusados fueron **expedidos sin**

competencia, pues, la facultad de expedir normas generales o reglamentos técnicos no se encuentra asignada a ningún Superintendente Delegado o funcionario en particular; sino que debe ser ejercida por el Superintendente Bancario.

Según el demandante los artículos 95 [1] y 326[3.b.] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no le confieren a la Superintendencia Bancaria facultades para reglamentar un caso en particular; por el contrario, la facultad que tal normatividad le otorga es exclusivamente para dictar normas de carácter general en materia contable. Tampoco le corresponde efectuar definiciones, como la de señalar que los aportes del INVIAS son recursos de la Nación y que los rendimientos generados pertenecen a ella.

Por su parte, la demandada señala que esa entidad tiene asignadas funciones de regulación en materia contable en los artículos 95 (modificado por el 38 de la Ley 510 de 1999) y 326 [3.b.] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Las entidades sometidas a su control y vigilancia deben ceñirse, en el manejo contable, a las normas generales que sobre la materia expida la Superintendencia. Con base en ellas fue expedida la Circular 082 de 2000.

Que la Superintendencia Delegada en virtud del artículo 328[3] ibídem es competente para instruir a las vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad. En este caso, mediante los oficios demandados, la Delegada dio alcance e instrucción a la Fiduciaria sobre la forma de acatar las normas de carácter contable, entre ellas, la Circular Externa 082 de 2000. Por lo tanto, no se trató de una nueva reglamentación, sino de una instrucción para que la contabilidad se adaptara a la realidad del negocio fiduciario celebrado.

Al respecto observa la Sala:

El 18 de octubre de 2000 en ejercicio del derecho de petición la Sociedad Fiduciaria Industrial FIDUIFI, solicitó al Superintendente Bancario la habilitación de un código en la cuenta de corrección monetaria, en el que se le permitiera registrar el valor de los ajustes integrales por inflación respecto de los recursos del INVIAS, que venían siendo registrados en la contabilidad del fideicomiso como un pasivo a favor de dicho Instituto y el cual consideraba que debía ser ajustado por inflación (folios 4 y 5 c.ppal.).

El 21 de diciembre de 2000, la Superintendente Bancario expidió la CIRCULAR EXTERNA 082 DE 2000 dirigida a los representantes legales y revisores fiscales de las sociedades fiduciarias en relación con los Fideicomisos que administran recursos de concesiones y en la cual se dispuso:

“Apreciados señores:

Este Despacho en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confieren los literales a) y b) del numeral 3º del artículo 326 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, considera oportuno efectuar las siguientes precisiones relacionadas con el manejo de fideicomisos que administran recursos de concesiones cuyo objeto es la construcción y explotación de obras públicas.

1 - Las entidades con negocios fiduciarios que administren esta clase de recursos deben clasificarlos como fideicomisos de administración y pagos, esto es, tipo 3, subtipo 1 y no como proyectos de construcción inmobiliaria.

2- Los aportes al fideicomiso deben contabilizarse en el código 73 – Bienes Fideicomitados en sus respectivas cuentas de acuerdo al tipo de aportes de que se trate y la obra en ejecución debe registrarse como construcciones en curso en el código PUC-71810 Construcciones en Curso, el cual se crea y cuya dinámica se anexa.

La presente Circular rige a partir de la fecha de su publicación, aplica a los estados financieros de diciembre de 2000, modifica la Resolución 3600 de 1988 y anexa las páginas que sufren modificación.

Cordialmente,

PATRICIA CORREA BONILLA
Superintendente Bancario"

De acuerdo con lo anterior, los aportes al fideicomiso en las fiduciarias que administran recursos de concesiones cuyo objeto es la construcción y explotación de obras públicas, deben contabilizarse en el código 73 – Bienes Fideicomitidos, es decir, como un activo en la cuenta del patrimonio. Esta Circular Externa fue puesta en conocimiento de la Fiduciaria el 22 de diciembre de 2000 por oficio 2000089059-0

Posteriormente, la Superintendencia Delegada para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías con el fin de dar alcance la oficio de 22 de diciembre de 2000, envió a FIDUIFI el Oficio 2000089059-7 de 14 de junio de 2001, primero de los actos demandados, en el que indicó que la fiduciaria debía efectuar la contabilización de los aportes del INVIAS como una cuenta por pagar junto con sus ajustes por inflación, y que los rendimientos de dichos aportes, como un mayor valor del pasivo (De acuerdo con lo consagrado en el artículo 101 del Decreto 0111 de 1996). Estos rendimientos no se ajustan por inflación. (Folios 38 a 40 c.ppal.).

Este oficio fue confirmado por la Superintendencia cuando decidió los recursos de reposición y apelación, salvo la calificación que se hizo de que los rendimientos pertenecían a la Nación.

De acuerdo con lo anteriormente narrado, la Sala debe establecer si los actos acusados fueron expedidos sin competencia por la Superintendencia Delegada para Entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías.

Corresponde a la Superintendencia Bancaria ejercer de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control de las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

Dentro de estas funciones y, de conformidad con el artículo 95, modificado por el artículo 38 de la Ley 510 de 1999 y 326[3.a. y b.] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, le corresponde dictar las normas generales que en materia contable deben observar sus vigiladas. Estas disposiciones señalan:

“ART. 95.-Contabilidad. 1. Modificado. L. 510/99, art. 38. Régimen general. La Superintendencia Bancaria se encuentra facultada para dictar las normas generales que en materia contable deban observar las entidades vigiladas, sin perjuicio de la autonomía de estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de conformidad con la ley.

ART. 326.-Sustituido. D. 2359/93, art. 2º. Funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria. Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes, sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan.

(...)

3. Funciones de control y vigilancia. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de control y vigilancia:

a) Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación;

b) Modificado. L. 510/99, art. 37. Dictar las normas generales que deben observar las instituciones vigiladas en su contabilidad, sin perjuicio de la

autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de conformidad con la ley.”

De otra parte, en el numeral 3° del artículo 328 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se establecen las funciones de los Superintendentes Delegados, dentro de las cuales se encuentran las que se señalan en el artículo 326 de dicho Estatuto, numeral 3[a. y b.] modificado por el artículo 37 de la Ley 510 de 1999, así:

“ART. 328.-Sustituido. D. 2359/93, art. 4º. De las funciones. 1. Asignación interna de funciones. Las funciones legales de la superintendencia de que trata el artículo 326 del estatuto orgánico del sistema financiero se asignan conforme a lo dispuesto en este artículo.

2. Funciones del Superintendente Bancario. Corresponderán al Superintendente Bancario las funciones contempladas en el artículo 326 del estatuto orgánico del sistema financiero numeral 1º, numeral 2º, literales a), c) y g); numeral 3º, literales a), b) y e); numeral 5º, literales a), b), c), d), e), h) e i) y numeral 6º, literal e).

3. Funciones de los superintendentes delegados. Corresponderán a los superintendentes delegados, en la órbita de sus respectivas competencias, las funciones contempladas en el artículo 326 del estatuto orgánico del sistema financiero numeral 2º, literales b), f), g), h) e i); numeral 3º, literales a), b) y e); numeral 5º, literales a), f), g) e i) y numeral 6º, literal e).” (Subrayas fuera del texto)

Sobre estas facultades en materia contable, la Sala en sentencia de 30 de enero de 2003, dictada dentro del expediente 10862 tuvo la oportunidad de estudiar su alcance y sobre el punto precisó:

“Sea lo primero precisar que si bien corresponde a la Superintendencia Bancaria ejercer privativamente la función de control y vigilancia de las instituciones financieras, y entre sus objetivos está *“asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar por que las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica...”*, así como *“Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general...”*, tal como está previsto en el numeral 1), literales a) y e) del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; se ha entendido que en

cumplimiento de tales objetivos no puede dicha entidad, en ejercicio de la facultad de instrucción, desconocer el contenido y alcance de las normas legales y reglamentarias que rigen la materia contable, puesto que tal como lo ha precisado la Sala en anteriores oportunidades¹, y se infiere de lo previsto en el artículo 137 del Decreto 2649 de 1993 “*Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia*”, la facultad de instrucción dirigida a los entes vigilados en materia contable está subordinada a las normas expedidas por el Gobierno Nacional a quien se asigna la competencia de regulación en esta materia. “

Si bien, este criterio tuvo como respaldo las disposiciones contenidas en los artículos 95 y 326 numeral 1[a. y b.] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, antes de ser modificados por la Ley 510 de 1999, que señalaban como función la de “*Fijar las reglas generales que deben seguir las instituciones vigiladas en su contabilidad.*”, la Sala consideró que aún con la modificación introducida por la Ley 510 de 1999, la función no podía ejercerse de manera ajena a las regulaciones generales que rigen la contabilidad y señaló:

“Sin embargo, esta última disposición no puede interpretarse como una permisibilidad del legislador para que el ente supervisor, pueda apartarse de los principios generales y normas básicas que rigen la materia contable.

En efecto, si bien puede la Superintendencia Bancaria decretar validamente los procedimientos que regulan temas específicos, no puede desconocer las normas legales y reglamentarias que limitan su facultad reguladora en materia contable, ya que ésta se entiende referida a sus funciones de control, esto es a ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación concreta de orden contable de los entes vigilados, que debe ser ejercida dentro de los objetivos y principios generalmente aceptados. (Subraya la Sala)

¹ Sentencias de marzo 5 de 1999.Exp.8971 C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán; marzo 26 de 1999 Exp.8930 C.P. Dr. German Ayala Mantilla; marzo 24 de 2000.Exp.9551 C.P. Delio Gómez Leyva.

Según este criterio y de conformidad con el artículo 328 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Sala considera que la Superintendencia Delegada tenía plena competencia para expedir los Oficios demandados porque dio instrucciones a las Fiduciarias sobre la forma de contabilizar los aportes entregados al fideicomiso de acuerdo con la particularidad del negocio jurídico, es decir, instruyó un procedimiento para un tema específico, que no está por fuera de su competencia. Ahora bien, la alegada violación a las normas superiores y a la regulación contable, es un tema que la Sala analizará a continuación.

II. Defectos de carácter contable

En la demanda se afirma que los Oficios 2000089059-7 de 14 de junio de 2001 y 2000089059-15 de 12 de octubre de 2001, contrarían la **Circular Externa 082 de 2000** emitida por la Superintendencia Bancaria, que es de carácter superior y general y en la cual se dijo que los aportes que se efectúen a los fideicomisos deben contabilizarse en el Código 73 bienes fideicomitidos (cuenta del patrimonio) y así se lo comunicaron a la demandante por medio de oficio de 22 de diciembre de 2000, sin embargo, en las comunicaciones demandadas se ordenan registrar los aportes del INVIAS en la cuenta del pasivo

También se aduce la violación del artículo 36 del Decreto 2649 de 1993 y 1226 del Código de Comercio, el primero porque se desconoce la definición de pasivo y el segundo porque según la definición de fiducia mercantil, las sumas que ingresaron a los Fideicomisos I y II son de su propiedad y necesariamente los rendimientos también lo son.

Para resolver se observa:

Mediante la Circular Externa 082 de 2000 la Superintendencia Bancaria modificó en algunos aspectos el Plan Único de Cuentas para el Sector Financiero (Resolución 3600 de 1988 de la S.B.) y respecto del manejo de los fideicomisos que administran recursos de concesiones cuyo objeto es la construcción y explotación de obras públicas, precisó que no debían clasificarse como proyectos de construcción inmobiliaria sino como fideicomisos de administración y pagos, del tipo 3, subtipo 1; que los aportes debían contabilizarse en el código 73 – Bienes Fideicomitidos en su respectiva cuenta de acuerdo al tipo de aporte y que la obra en ejecución debía registrarse como construcción en curso en el Código PUC –71810 Construcciones en Curso.

La descripción de la Clase 7. CUENTAS FIDUCIARIAS es la siguiente:

“**DESCRIPCIÓN.** Bajo la estructura de la clase 7, las sociedades fiduciarias registrarán los negocios fiduciarios que en desarrollo de su gestión adelanten. Debe entenderse por negocio fiduciario, tanto la fiducia mercantil como los encargos y mandatos fiduciarios, o sea aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que esta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes. Para efectos del presente plan, los negocios fiduciarios se han clasificado en: Fideicomiso de Inversión, Fideicomiso Inmobiliario (FIM), Fideicomiso de Administración (FAD) y Otros Fideicomisos (OF).”

En cuanto a la contabilización de aportes, la Circular Externa 082 de 2000 señaló que debían contabilizarse en el código 73 – **Bienes Fideicomitidos** en su respectiva cuenta de acuerdo al tipo de aporte. Sobre este Código, la Resolución 3600 de 1988, establece:

Clase 73. BIENES FIDEICOMITIDOS. DESCRIPCIÓN. Agrupa las cuentas que representan el fideicomiso por la transferencia de bienes del **fiduciante** al fiduciario, dando lugar a la formación de un PATRIMONIO AUTONOMO, cuyo titular es el fiduciario, tratándose de fiducia mercantil. En caso contrario, agrupa los bienes objeto del encargo o mandato fiduciario. El elemento de la afectación está dado por la finalidad que señale el fideicomitente en el acto constitutivo.

Ahora bien, tratándose de aportes en dinero, en el grupo 731 cuenta de Acreedores Fiduciarios, la Resolución 3600 señala que “Representa el valor recíproco pasivo de los bienes recibidos en el acto de constitución del fideicomiso o aquellos que reciba o adquiera durante su vigencia por la misma causa, y que en el fondo se comporta como el capital aportado al desarrollo y operación de un negocio fiduciario.” Y en la cuenta 73105 Aportes en dinero la describe como: “Representa los aportes en efectivo recibidos del **fideicomitente** para el desarrollo y operación del negocio fiduciario, así como los rendimientos abonados a los fideicomitentes de los fondos comunes de inversión ordinarios y especiales, en desarrollo del procedimiento de la distribución periódica de los mismos.”

De acuerdo con lo anterior se observa que la Circular 082 de 2000 y la Resolución 3600 de 1988 establecen la contabilización de los aportes en la cuenta de “bienes fideicomitidos” y por su parte, los actos acusados instruyen a la actora, que tales aportes deben ser contabilizados como un pasivo y sus rendimientos como un mayor valor del pasivo. Las razones de esta instrucción, según la demandada, responden al alcance que debía darse a estas disposiciones frente a las cláusulas contractuales particulares de este negocio fiduciario, aspecto que la Sala comparte, como se verá a continuación:

En el contrato de concesión 0388 de diciembre de 1997, suscrito entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS y LA SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL MAGDALENA MEDIO S.A. COMMSA, se estableció como “ESQUEMA FINANCIERO/FONDOS DEL CONTRATO” en la Cláusula SEXTA lo siguiente:

6.1. El **CONCESIONARIO** en un período no mayor de quince (15) días Calendario desde la fecha de la firma del Contrato, **deberá constituir un fideicomiso irrevocable** (Fideicomiso I) en una sociedad Fiduciaria debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria, en cuya virtud se constituya un patrimonio autónomo, el cual servirá para la administración de todos los recursos necesarios para la ejecución del Contrato.... El **INVIAS deberá desembolsar el Aporte Inicial de Capital en el Fideicomiso I** a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la Fecha de Iniciación de Ejecución del Contrato.

6.2. Al iniciar la Etapa de Construcción, el **CONCESIONARIO podrá continuar con el Fideicomiso I o constituir otro fideicomiso** que deberá conformarse con los mismos requisitos y bajo las mismas condiciones establecidas para el Fideicomiso I en este contrato, o cualesquiera otros contratos o sistemas de administración similares (**Fideicomiso II**) de conformidad con lo establecido en el numeral 1.34 de este Contrato, los cuales **tendrán por objeto el manejo de los dineros del CONCESIONARIO a partir del inicio de la Etapa de Construcción**, incluyendo los recursos que debe obtener por la financiación y la administración de todos los recursos necesarios para la ejecución del Contrato. **Igualmente el INVIAS depositará en este Fideicomiso II todos los Aportes Anuales de Capital**. Los recursos que requiera el CONCESIONARIO para la ejecución del Contrato serán canalizados a través del Fideicomiso II.”² (Resalta la Sala)

De lo anterior es evidente que el concesionario (COMMSA) era el obligado a constituir los Fideicomisos I y II, es decir, era el fideicomitente.

Esto se confirma en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL celebrado entre LA SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL MAGDALENA MEDIO S.A. y las Fiduciarias DEL ESTADO S.A. e INDUSTRIAL FIDUIFI S.A., con el fin de

² Folios 109 y 110 del cuaderno principal.

dar cumplimiento al Contrato de Concesión, en el que se pactaron, entre otras, las siguientes Cláusulas:

“CLÁUSULA PRIMERA.- PARTES: Son partes en este contrato de fiducia mercantil:

FIDEICOMITENTE: Es FIDEICOMITENTE la SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL MAGDALENA MEDIO S.A. en los términos de la propuesta de licitación y de acuerdo con la ley 80 de 1993.

ACREEDORES GARANTIZADOS: Son acreedores garantizados del fideicomiso los acreedores financieros, que otorguen créditos a EL FIDEICOMITENTE y acepten su condición de tales de conformidad con lo establecido en el presente contrato. Excepcionalmente, se garantizarán obligaciones a favor de terceras personas naturales o jurídicas que observen las condiciones fijadas por la FIDUCIARIA y/o el Comité Fiduciario.

PARAGRAFO: Por ser el FIDEICOMISO II, quien puede contraer créditos, vale aclarar que la calidad de **ACREEDOR GARANTIZADO**, sólo opera en dicho Fideicomiso.

FIDUCIARIO: Es fiduciario de este contrato las sociedades FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A. – FIDUESTADO S.A. y SOCIEDAD FIDUCIARIA INDUSTRIAL S.A. – FIDUIFI S.A., de conformidad con lo que se establezca en el contrato de Unión Temporal que suscribirán las mencionadas fiduciarias, las cuales para efectos del presente contrato se llamarán LA FIDUCIARIA.

BENEFICIARIOS: La calidad de beneficiarios, dentro de los Fideicomisos I y II, se establecerá de la siguiente manera:

a) FIDEICOMISO I: Será beneficiario la sociedad Concesionaria, quien en este acto acude en calidad de Fideicomitente, **sin perjuicio de acción de restitución respecto del aporte inicial que pueda ejercer el INVIAS**, en los términos del contrato de concesión.

b) FIDEICOMISO II: Será beneficiario, el Fideicomitente, y el Instituto Nacional de Vías INVIAS en lo relacionado con la reversión de la concesión, de conformidad con lo señalado en el contrato de concesión No. 388 de fecha diciembre 15 de 1997.”

CLAUSULA SEGUNDA.- RECURSOS Y BIENES QUE CONFORMAN EL FIDEICOMISO. Los recursos y bienes que se fideicomiten mediante el presente contrato, se encuentran integrados y discriminados de conformidad con los Fideicomisos aquí constituidos de la siguiente manera:

a) FIDEICOMISO I: Lo constituirán los siguientes bienes:

1º. **Aporte inicial de capital por parte del INVIAS**, de conformidad con la cláusula sexta del contrato de concesión.

2º. Rendimientos financieros, que por la constitución y ejecución de este Fideicomiso se generan.

b) FIDEICOMISO II: Estará constituido por los siguientes bienes:

1º. **Aportes anuales de capital por parte del INVIAS**

2º. Recursos aportados por los Fideicomitentes en calidad de EQUITY.

3º. Recursos de crédito obtenidos por el Fideicomitente,....

4º. Rendimientos financieros generados en desarrollo del presente Fideicomiso.

5º. Ingresos provenientes de recaudo, en todas y cada una de las estaciones de peajes.

6º. Cualquier otro recurso generado por la operación de la vía...

CLÁUSULA TERCERA.- PATRIMONIOS AUTÓNOMOS: Los bienes que se entregan, tanto los adicionales y los que adquieran los fideicomisos forman dos (2) patrimonios autónomos afectos a las finalidades que mas adelante se establecen, denominados FIDEICOMISO I MAGDALENA MEDIO y FIDEICOMISO II MAGDALENA MEDIO. Tales bienes se mantendrán separados del resto de los activos del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. Los patrimonios autónomos, como centro tutelar de derechos y obligaciones, tendrán su propia contabilidad en los términos fijados por la Superintendencia Bancaria." (folios 155 y SS. del cuaderno principal)

En la Cláusula Cuarta se estableció como objeto del contrato para el FIDEICOMISO I, la recepción y administración del aporte inicial de capital por parte del INVIAS, y la posterior transferencia de los mismos al FIDEICOMISO II. Y para el FIDEICOMISO II, su objeto será la administración y manejo de los recursos aportados por el FIDEICOMITENTE, por el INVIAS, por operación de la vía y peajes así como los recursos provenientes de créditos adquiridos por el Concesionario y otros.

Las anteriores estipulaciones contractuales permiten a la Sala tener claro que **el tipo de contrato fiduciario firmado por COMMSA con las Fiduciarias**

en cumplimiento del contrato de concesión suscrito por ella y el INVIAS, **es un típico contrato de Fiducia Mercantil** definido por el artículo 1226 del Código de Comercio como *“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 llamado beneficiario o fideicomisario.”*

De manera que una vez el **fiduciante transfiere los bienes al fiduciario**, se forma con ellos un patrimonio autónomo, separado del resto de activos de la entidad y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. Este patrimonio autónomo está afecto a la finalidad para la cual fue creado (artículo 1233 ib.) y no forma parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, de manera que los bienes fideicomitidos sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida (artículo 1227 ib). Es decir, la Fiducia tiene como deuda la finalidad para la cual fue creada; en el presente caso *“facilitar la ejecución y explotación de la obra citada en los considerandos del presente contrato, aglutinando para el efecto, todos los recursos destinados al proyecto, en desarrollo de la Administración fiduciaria arriba enunciada.”* (Cláusula Cuarta del Contrato de Fiducia Mercantil, folio 163 del c.p.)

La exigencia de la separación de los **“bienes fideicomitidos”** del resto del activo de una Fiduciaria³, busca que ese patrimonio no se confunda con el del fiduciario ni con otros patrimonios igualmente constituidos, por ello se constituye como patrimonio autónomo y contablemente debe ser reflejado de

³ Cfr. Artículo 146 numeral 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “Separación Patrimonial de los fondos recibidos en fideicomiso. Toda sociedad fiduciaria que reciba fondos en fideicomiso deberá mantenerlos separados del resto de activos de la entidad”.

manera diáfana su registro como bienes propios, en el caso de la fiducia mercantil.

Pues bien, en el presente caso, en la constitución de los patrimonios autónomos estipulados tanto en el contrato de concesión como en el de fiducia mercantil, el fideicomitente fue COMMSA y aunque los recursos del INVIAS se transferirían al FIDEICOMISO I (aportes inicial de capital del INVIAS) y al FIDEICOMISO II (aportes anuales de capital por parte del mismo Instituto), no por ello puede considerarse que el INVÍAS hubiera adquirido la condición de fiduciante.

Así las cosas, para la contabilización de los recursos aportados por esta entidad no resultan aplicables las disposiciones de la Circular Externa 082 de 2000 y la Resolución 3600 de 1988, pues el concepto de “BIENES FIDEICOMITIDOS” corresponde a la descripción de la clase 73 que se recuerda: **“Agrupa las cuentas que representan el fideicomiso por la transferencia de bienes del fiduciante al fiduciario, dando lugar a la formación de un PATRIMONIO AUTÓNOMO, cuyo titular es el fiduciario, tratándose de fiducia mercantil.”** (Resaltado y subrayado fuera del texto)

Como el INVIAS no es el fiduciante, los aportes efectuados por él a la fiducia, no podían cambiar su titularidad para pasar a ser propiedad del fiduciario, por lo que se ajustó a derecho y a la realidad de los contratos de concesión y de fiducia mercantil, la instrucción de contabilizar tales recursos como un pasivo a cargo de la Unión Temporal.

De otra parte, según la Cláusula Primera del contrato de Fiducia Mercantil, adquieren la calidad de acreedores del fideicomiso quienes otorguen créditos al fideicomitente, sin embargo, esto no altera la particularidad de pasivo de

los aportes del INVIAS para el patrimonio autónomo, pues, en la misma Cláusula se prevé que aunque el beneficiario del Fideicomiso I es el fideicomitente (COMMSA), es sin perjuicio de la acción de restitución respecto del aporte inicial que pueda ejercer el INVIAS en los términos del contrato de concesión, en otras palabras, estos recursos sí son una deuda del patrimonio, que en caso de reclamarse por el INVIAS deben devolverse.

Lo anterior confirma la naturaleza de pasivo de estos recursos conforme a la definición del artículo 36 del Decreto 2649 de 1993 que señala que “Un pasivo es la representación financiera de una obligación presente del ente económico, derivada de eventos pasados, en virtud de la cual se reconoce que en el futuro se deberá transferir recursos o proveer servicios”.

Finalmente, los rendimientos son una renta producida por un capital que pertenecen al titular del capital de donde provienen, de manera que en el caso de los aportes del INVIAS, cuya titularidad está en cabeza de esa entidad, sus rendimientos también son propios y deben contabilizarse, como lo establecieron los actos acusados, como un mayor valor del pasivo, en atención al principio del derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal⁴.

Por lo anterior la Sala considera, que las instrucciones dadas en los actos acusados por la Superintendencia Delegada sobre la forma de contabilizar los aportes de capital del INVIAS recibidos por los fideicomisos, así como sus rendimientos, no desconocieron las normas generales expedidas por la Superintendencia Bancaria, ni las legales que rigen el contrato de fiducia mercantil. Tampoco las estipulaciones contractuales a que se ha hecho

⁴ Artículo 718 Código Civil.

referencia ni la realidad del contrato de concesión, que por lo demás, precisa la Sala, la contraprestación para el concesionario por la construcción de la carretera no eran los aportes o contribuciones del INVIAS como se afirma al final de la demanda, sino, como se demuestra con la Cláusula Cuarta del Contrato de Concesión, con la cesión al Concesionario de los derechos de recaudo de peaje de las casetas que allí se indicaron⁵.

Como corolario se impone negar las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

1. DECLÁRASE no probada la excepción propuesta.

2. DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

⁵ Página 21 del Contrato de Concesión 0388.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA
Presidenta

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ