

## **FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL – Naturaleza jurídica**

El artículo 130 de la Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, “como una cuenta de la Nación adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos se administrarán mediante encargo fiduciario”. Prevé esa disposición que “el Fondo sustituirá a la Caja Nacional de Previsión Social en lo relacionado con el pago de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, y a las demás cajas de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional, que el Gobierno determine y para los mismos efectos. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos requeridos para el pago de las pensiones reconocidas o causadas con anterioridad a la presente Ley”. En desarrollo de lo establecido en el precitado artículo el Gobierno Nacional expidió el Decreto N° 1132 de 1994 (modificado por el Decreto 2921 de 1994), que reglamentó la administración y funcionamiento del Fondo de Pensiones Públicas FOPEP. En esta última normativa se ratifica la naturaleza jurídica del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyos recursos se administran mediante encargo fiduciario.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 130 / DECRETO 1132 DE 1994 / DECRETO 2921 DE 1994

### **CONSORCIO – Finalidad / CONSORCIO – Los integrantes no pierden su individualidad jurídica pero asumen responsabilidad solidaria / CONSORCIO FOPEP – Contratista encargado de administrar el fondo de pensiones publicas del nivel nacional**

En esos términos, el consorcio es la agrupación de dos o más personas naturales o jurídicas que, en ejercicio del derecho de asociación, convienen organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De este modo, y reiterando lo que consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001 al examinar la constitucionalidad del artículo 7 (parcial) de la Ley 80; los consorcios son sujetos capaces para celebrar contratos y constituyen un instrumento de cooperación entre empresas que les permite desarrollar ciertas actividades, a través de la unión de esfuerzos técnicos, económicos y financieros con el fin de asegurar la más adecuada y eficiente realización de las mismas. Así las cosas, resulta claro que el Consorcio FOPEP, es un contratista, encargado de administrar –mediante encargo fiduciario- los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

### **CONSORCIO FOPEP – Administración por encargo fiduciario / FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL - No transfiere los recursos ni se constituye en patrimonio autónomo / CONSORCIO FOPEP – Obligaciones**

En el párrafo primero de la cláusula cuarta del contrato, se dejó claro que en desarrollo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no se transfiere al Consorcio el dominio de los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional ni se constituye un patrimonio autónomo. En lo que tiene que ver con la Dirección del Fondo de Pensiones del Nivel Nacional, la cláusula sexta estableció que ésta corresponde al Ministerio de la Protección Social (léase Ministerio del Trabajo) el cual, a través de las Direcciones Generales de Financiamiento y Seguridad, Económica y Pensiones, debe garantizar el adecuado cumplimiento y desarrollo

de sus objetivos. Agrega la referida cláusula que para esos efectos, el Ministerio realizará la interventoría especializada en el manejo financiero, de gestión y demás aspectos que estime convenientes, para lo cual el Consorcio debe facilitar la información que se requiera. Prevé además que la ordenación del gasto y autorización de pagos la realizará el Ministerio y que el Consorcio solo puede tramitar los documentos y pagos autorizados so pena de que no sean imputables al Fondo de Pensiones y sean responsabilidad exclusiva del Consorcio.

**CONTRATO ESTATAL – Celebrado por entidad pública / ENCARGO FIDUCIARIO – Administración de los recursos del fondo de pensiones públicas del nivel nacional / ENCARGO FIDUCIARIO PUBLICO – Entrega en mera tenencia de los recursos vinculados a los contratos / ENCARGO FIDUCIARIO – Características**

El contrato que se estudia es de naturaleza estatal en tanto fue celebrado por una entidad pública (el entonces Ministerio de la Protección Social) y se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993. Su objeto es la administración por parte del consorcio contratista y a través de un encargo fiduciario, de los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. Sobre esta modalidad contractual, el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, prevé que *“los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria (léase Superintendencia Financiera), tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren (...)”* (las negrillas son de la Sala). Agrega la disposición que este tipo de contratos sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en esa Ley, únicamente para los objetos y con plazos precisamente determinados. *“En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que estos se encuentren presupuestados”*. Asimismo, establece que los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario, deben cumplir estrictamente con las normas previstas en ese estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente. Prevé el citado artículo que la fiducia que se autoriza para el sector público, nunca implicará transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. Agrega finalmente que: *“a la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, cuando sean compatibles con lo dispuesto en esa Ley”*. Ahora bien. Los encargos fiduciarios públicos, son contratos mediante los cuales las entidades estatales entregan, en mera tenencia, a las sociedades fiduciarias, recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, así como los fondos destinados a la cancelación de las obligaciones derivadas de los contratos estatales con el fin de que los administren o manejen, obteniendo beneficios o ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado. Cabe anotar, además, que la modalidad de contrato estatal de *“encargo fiduciario”* implica, como es lógico, el ejercicio por parte del contratista de una actividad propia del derecho mercantil (privado) que tiene una regulación en el marco del sector financiero y que, como se verá más adelante, está sujeta a controles de diversa índole, sin que sea posible, en los términos de las disposiciones previamente citadas, que a los fiduciarios les sean delegadas funciones administrativas que tienen asignadas las entidades fideicomitentes. Así las cosas, la Sala precisa que dada la naturaleza del contrato y la importancia que reviste el mismo si se considera que su objeto

recae sobre recursos públicos destinados al pago de las pensiones; los actos, hechos u omisiones del Consorcio FOPEP -de acuerdo con disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias-, son susceptibles de ser controlados administrativa y/o judicialmente por la vía procesal que corresponda, según sea el caso; además de la responsabilidad que, en los términos de los artículos 26 y 52 de la Ley 80 de 1993, se predica de los contratistas. Es importante reiterar además que las sociedades fiduciarias que conforman el Consorcio (dos de ellas de naturaleza pública), están sujetas a supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la cual el Presidente de la República ejerce la inspección, control y vigilancia sobre las personas que realizan la actividad financiera, aseguradora y previsional, en los términos del artículo 189, numeral 24 de la Constitución.

**ACTO ADMINISTRATIVO – El consorcio no puede emitir acto administrativo al no ser una entidad pública / CONSORCIO FOPEP – Expide documentos que regulan la actividad contractual / ACTIVIDAD CONTRACTUAL – Cumplimiento cláusulas del contrato / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Acción de controversia contractual / ACCION DE SIMPLE NULIDAD – No procede contra los documentos que regulan la actividad contractual / ACCION DE CONTROVERSIA CONTRACTUAL – Debe ser sometida a consideración por las partes al juez administrativo**

Se trata de un documento que, a juicio de esta Sala, no tiene el carácter de acto administrativo por las siguientes razones: No constituye la expresión unilateral de la voluntad de la administración, pues fue elaborado por el contratista que, se reitera, es un consorcio sin personería jurídica, cuya capacidad se limita a contratar con las entidades del Estado. Desde el punto de vista orgánico, el consorcio no es una entidad pública, sino la asociación de varias personas, en este caso de 4 sociedades fiduciarias (Fiduciaria Bancolombia S.A., Fiduagraria S.A., Fiduprevisora S.A. y Fiducoldex), con el objeto de unir esfuerzos de distinta índole para desarrollar una actividad contractual. De otro lado, desde el punto de vista funcional o material, el objeto social de cada una de las sociedades integrantes del consorcio, es el desarrollo de actividades de carácter privado, propias del derecho mercantil (no ejercen funciones administrativas). El Reglamento cuestionado fue dictado por el particular contratista en desarrollo del contrato y, a juicio de esta Sala, para cumplir las cláusulas previstas en el mismo, particularmente la séptima (numerales 1.7. -literales c y f-, y 3.6.) que le imponen como obligaciones, entre otras, las de implementar controles de nómina para verificar las novedades reportadas incluidos los descuentos de Ley, así como las medidas para asegurar el pago a terceros; y pagar la nómina de los pensionados previos los descuentos autorizados. De esta manera, al ser el Reglamento un documento que regula un asunto que es de la esfera de la actividad contractual del Consorcio y está asociado al cumplimiento de algunas cláusulas del contrato, cuestionarlo se traduce, de algún modo, en alegar el incumplimiento censura que, en los términos del inciso 1 del artículo 87 del C.C.A., puede ser sometida a consideración del Juez Contencioso Administrativo por cualquiera de las partes del contrato estatal, a través de la acción de controversias contractuales. No obstante, en el sub-lite la Sala advierte que la accionante no es parte del contrato de encargo fiduciario que en este caso celebró el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) con el Consorcio FOPEP; razón por la cual carecería de legitimación en la causa por activa para solicitar, a través de la acción de controversias contractuales, que se declare su incumplimiento, en los términos del ya citado artículo 87 del C.C.A. Por ende, la manera como el referido Consorcio asigna, renueva y maneja los códigos para los descuentos por nómina, es un

aspecto que debe ser tratado en otras instancias, escapa de la competencia de esta Corporación y resulta ajeno a la naturaleza de la acción de simple nulidad.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil doce (2012).

**Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00254-00(2116-10)**

**Actor: DARIOSLYN BOHÓRQUEZ GARZÓN.-**

**Demandado: CONSORCIO -FOPEP-**

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala en única instancia, la acción de simple nulidad de carácter laboral, interpuesta por la señora Dariroslyn Bohórquez Garzón contra el "*Reglamento para la asignación, renovación y manejo de códigos para el descuento por nómina de los pensionados del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP*", dictado por el Consorcio FOPEP.

**LA DEMANDA**

**DARIOSLYN BOHÓRQUEZ GARZÓN**, en ejercicio de la acción de simple nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., pretende que se invalide el siguiente "*acto administrativo*"<sup>1</sup>:

- El Reglamento para la asignación, renovación y manejo de códigos para el descuento por nómina de los pensionados del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, expedido por el Consorcio FOPEP.

---

<sup>1</sup> La demanda, presentada el 22 de septiembre de 2010, obra a folios 43 a 60 del expediente.

Para sustentar sus pretensiones, la demandante expuso los antecedentes fácticos que la Sala sintetiza así:

- El Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional fue creado mediante el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, con el objeto de sustituir a la Caja Nacional de Previsión Social en lo relacionado con el pago de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, y a las demás cajas de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional que el gobierno determine y para los mismos efectos; así como a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Establecimientos Públicos y otras entidades oficiales del orden nacional que tengan a su cargo el pago directo de las pensiones legales con aportes de la nación y las que el gobierno nacional determine. Esa misma disposición previó que *“a partir de 1995, todas las obligaciones por concepto de pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, reconocidas por la Caja Nacional de Previsión, serán pagadas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional”*.
- Por medio de documento privado (Acuerdo Consorcial de 10 de octubre de 2010) fue creado el CONSORCIO FOPEP, integrado por las siguientes sociedades: *i)* Fiduciaria Bancolombia S.A., *ii)* Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A., *iii)* Fiduciaria la Previsora S.A. y *iv)* Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – FIDUCOLDEX.
- Dicho consorcio administra los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional que fue creado por la Ley 100 de 1993 como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio la Protección Social. De este modo el FOPEP cumple funciones administrativas en los términos del artículo 1, inciso 1 del Código Contencioso Administrativo.
- El 30 de noviembre de 2007, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, firmó con el Consorcio FOPEP el contrato de encargo fiduciario N° 0350 de 2007.

- Este último expidió el *“Reglamento para la asignación, renovación y manejo de códigos para el descuento por nómina de los pensionados del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional FOPEP”*, con el objeto de *“actualizar y establecer los procedimientos, trámites, requisitos y políticas para la asignación y utilización de códigos para descuentos autorizados en las nóminas liquidadas por el CONSORCIO FOPEP 2007 para los pensionados activos en la base de datos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, obteniendo con ello mejoras en la organización de los procedimientos, eficiencia y transparencia en el servicio que se le brinda a los pensionados y terceros que tienen relación con el CONSORCIO FOPEP 2007 como administrador de los recursos del FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL”*.
  
- Al expedir la anterior normativa, el FOPEP actuó como Administrador de Recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, tal y como se establece en el párrafo 1 de dicho Reglamento.
  
- No resultaba posible establecer en ninguna de las cláusulas del contrato de encargo fiduciario N° 0350 de 2007, una delegación al Consorcio FOPEP de las funciones previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 150 y 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional; porque ni el Congreso de la República ni el Presidente delegan sus atribuciones a través de Encargos Fiduciarios Mercantiles.
  
- A través del Oficio presentado el 17 de agosto de 2010, la demandante radicó derecho de petición solicitando copia de la publicación oficial de dicho Reglamento.
  
- El 24 de agosto de 2010, el FOPEP le dio respuesta en los siguientes términos *“(…) que el reglamento para la asignación, renovación y manejo de código para los descuentos de nómina, se encuentran publicados en nuestra página web [www.fopep.com.co](http://www.fopep.com.co) adicionalmente le informamos que el consorcio FOPEP por ser una entidad de carácter privado, no tiene una publicación de tipo oficial”*.

## LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

A juicio de la accionante el acto demandado desconoce las siguientes disposiciones:

- De la Constitución Política, los artículos 2°, 150 y 189.
- De la Ley 962 de 2005, los artículos 1 (numerales 1 y 3) y 3.
- De la Ley 153 de 1887, el artículo 12.

Sustentó el concepto de la violación mediante los siguientes argumentos:

### **1. Falta de competencia de la autoridad que profirió el acto administrativo.-**

El *Reglamento para la asignación, renovación y manejo de códigos para el descuento por nómina de los pensionados del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional –FOPEP*, desconoce lo previsto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, y de este modo viola la potestad reglamentaria por falta de competencia.

Dicho acto administrativo desarrolló el artículo 142 de la Ley 79 de 1988<sup>2</sup>, que prevé:

**“Artículo 142.** *Toda persona, empresa o entidad pública o privada estará obligada a deducir y retener de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que estos adeuden a la cooperativa, y que la obligación conste en libranza, títulos valores, o cualquier otro documento suscrito por el deudor, quien para el efecto deberá dar su consentimiento previo.*

**Parágrafo.** *Las personas, empresas o entidades obligadas a retener deben entregar las sumas retenidas a la cooperativa, simultáneamente con el pago que hace el trabajador o pensionado. Si por su culpa no lo hicieren, serán responsables ante la cooperativa de su omisión y quedaran solidariamente deudoras ante ésta de las sumas dejadas de retener o entregar, junto con los intereses de la obligación contraída por el deudor”.*

El artículo 189 de la Constitución Política establece que la competencia para reglamentar cualquier Ley de la República la tiene única y exclusivamente el Presidente, autoridad que no ha delegado el ejercicio de esa competencia al FOPEP. De otro lado, el primer mandatario nacional no está facultado para

---

<sup>2</sup> Por la cual se actualiza la legislación Cooperativa.

delegar a través de un fideicomiso: *“el hecho de que el Ministerio de Educación Nacional que se sabe pertenece a la Presidencia de la República haya suscrito el contrato de fiducia mercantil con el FOPEP no da como consecuencia jurídica que el Presidente de la República haya delegado la potestad de reglamentar la Ley en el FOPEP, ni siquiera el Presidente ha sido quien ha suscrito el dicho fideicomiso y no pudo el Ministro (quien lo firmó) delegar lo que no tiene porque la potestad de Reglamentar no la tiene el Ministro sino el Presidente. No es un conducto válido jurídicamente que el Presidente de la República delegue sus facultades constitucionales a través de un encargo fiduciario y por medio de uno de sus subalternos (...) por consiguiente, en ninguna de las cláusulas de la fiducia o Encargo Fiduciario pudo el Presidente de la República delegar en FOPEP la función que le asigna el artículo 189 de la Constitución Nacional”*.

Para la accionante, el FOPEP *“usurpó funciones otorgadas al Presidente de la República”* por lo que el reglamento demandado carece de validez jurídica.

## **2. Extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.-**

Aún en el evento en que se afirme que el FOPEP sí era el competente para expedir el acto, este es nulo porque dicha entidad se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el ejercicio de dicha potestad no puede sobrepasar los contenidos de la Ley reglamentada<sup>3</sup>.

Sostuvo que el acto demandado vulnera el artículo 142 de la Ley 79 de 1988 porque creó condiciones, requisitos y políticas que no están previstos en esa disposición. Los únicos requisitos al tenor del citado artículo 142 son: *i)* que se trate de deudas de los trabajadores con la Cooperativa, *ii)* que la obligación conste en libranza, títulos valores o en cualquier otro documento suscrito por el deudor *iii)* el consentimiento previo del mismo, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado en las sentencias de 19 de abril de 2002 (M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá), y de 3 de febrero de 2005 (M.P. Ana Margarita Olaya).

---

<sup>3</sup> Al efecto, la parte actora citó a Younes Moreno Diego en *“curso elemental de derecho administrativo”*, editorial Temis Bogotá 198, y la sentencia C- 893 de 2001 proferida por la Corte Constitucional.



De otro lado, el numeral 5.1.5. del acto acusado establece entre varios requisitos y condiciones que las Cooperativas *“deberán diligenciar el formulario de solicitud de asignación y/o renovación de códigos ante el Consorcio FOPEP 2007”*. El anexo N° 3 del numeral 5.1.5. del citado Reglamento, exige a las Cooperativas que informen los siguientes datos pertenecientes a sus contabilidades a 31 de diciembre de 2008 y 2009:

*“Total de ingresos  
Resultados de ejercicio  
Patrimonio  
Total Pasivo  
Total activo”*.

Y agrega que éstos deben ser tomados de los estados financieros de las cooperativas.

Para la demandante dicho anexo desconoce el artículo 61 del Código de Comercio, que establece: *“los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente. Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que le confiere la Ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas”*.

De la anterior disposición se colige que el FOPEP o cualquier otra persona diferente a las cooperativas que soliciten que se les aplique en su beneficio el artículo 142 de la Ley 79 de 1988 *“no podrán examinar”* los libros de contabilidad de las respectivas cooperativas porque FOPEP es *“una persona distinta de sus propietarios”* y *“no es una persona autorizada para examinar las contabilidades. El Hecho de que el numeral 5.1.5. en su anexo 3 exija a las cooperativas presentar sus contabilidades bajo el constreñimiento de que si no las presenta no les concede el tal código de Descuentos de Nómina, es claramente un constreñimiento ilegal tipificado en el artículo 182 del C.P. porque el artículo 61 ib, (sic) que tiene la preeminencia jurídica de pertenecer a un código de la República, como o (sic) es el Penal, no le permite que examine las contabilidades de las cooperativas solicitantes para que se les aplique el artículo 142 de la Ley 79 de 1988”*.

**3. Violación a disposiciones de rango constitucional y/o legal.**-Para la accionante el acto demandado desconoce las siguientes disposiciones:

**3.1. El artículo 2 de la Constitución Política.** En tanto que las autoridades de la República no están instituidas para cercenar los derechos que prevé la Ley a favor de las cooperativas, tal y como lo está haciendo el Reglamento demandado al establecer nuevos requisitos sin sustento legal.

**3.2. El numeral 1 del artículo 1 de la Ley 962 de 2005,** porque tal disposición establece que *“las autoridades públicas no podrán establecer trámites, requisitos o permisos para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, salvo que se encuentren expresamente autorizados por la Ley”*. No obstante, el capítulo 5 del reglamento censurado, establece unos requisitos para la operación de descuentos creando así, de manera inconstitucional, *“trámites, requisitos o permisos”*. Tal proceder del FOPEP configura una *“protuberante extralimitación de la potestad reglamentaria”*.

**3.3. El numeral 3 del artículo 1 de la Ley 962 de 2005,** toda vez que el FOPEP no ha cumplido con las siguientes obligaciones:

i) No ha registrado el Reglamento demandado en el Sistema Único de Información de Trámites SUIT.

ii) *“No ha informado la norma legal, la fecha de publicación y su inscripción en el Sistema único de Información de Trámites SUIT del mencionado reglamento ni de los documentos contemplados en el anexo N° 1 del numeral 5.1.4. del Reglamento”*.

**3.4. El artículo 3 de la Ley 962 de 2005.** El FOPEP no puede exigir a las Cooperativas documentos como los señalados en el capítulo 5 del Reglamento que crea ilegal e inconstitucionalmente requisitos que no están previstos en la Ley.

**3.5. El numeral 1 del artículo 150 de la Constitución Política.** El Congreso de la República es el único órgano competente para expedir y reformar leyes al tenor del artículo 150 superior.

El FOPEP al crear la figura de “*código de descuento*” modificó la Ley 79 de 1988 (artículo 142) invadiendo competencias propias del órgano legislativo, porque *“Un acto administrativo que escueta y descaradamente se propone establecerle requisitos, trámites, procedimientos, políticas y condiciones a la Ley que reglamenta, es un acto que desarrolla la Potestad Legislativa la cual solo está en cabeza del Congreso de la República”*.

- 3.6. El numeral 12 de la Ley 153 de 1887.** El acto censurado desconoce la Constitución y las Leyes por lo que debe ser declarado nulo.

### TRÁMITE DE LA DEMANDA

Previo a la admisión de la demanda, la accionante presentó un escrito mediante el cual desistió de la acción. A través de auto de 16 de mayo de 2011<sup>4</sup>, el Magistrado Sustanciador negó la solicitud toda vez que la acción de simple nulidad es de naturaleza pública, en tanto que persigue un interés superior que trasciende del meramente particular de quien está proponiendo la terminación del proceso. Adicionalmente, de conformidad con el poder que se allegó al expediente, la apoderada de la demandante no tenía expresa facultad para desistir.

De este modo, la demanda se admitió por auto del 7 de septiembre de 2011<sup>5</sup>, providencia en la que también se dispuso negar la solicitud de suspensión provisional y notificar, además, al Ministerio de la Protección Social o a quien hiciera sus veces, por cuanto en virtud del contrato de encargo Fiduciario celebrado entre éste y la entidad demandada, se expidió el Reglamento que censura la accionante.

Cabe anotar que, como consecuencia de lo previsto en los artículos 6, 7 y 9 de la Ley 1444 de 2011, se escindió el Ministerio de la Protección Social, se reorganizó el Ministerio de Trabajo y se creó el Ministerio de Salud y Protección Social, respectivamente.

---

<sup>4</sup> Folios 65 a 68.

<sup>5</sup> Folios 91 a 95.

El artículo 7 de esa normativa dispuso: ***“Reorganícese el Ministerio de la Protección Social, el cual se denominará Ministerio del Trabajo y continuará cumpliendo los objetivos y funciones señalados por las normas vigentes, salvo en lo concerniente a la escisión de que trata el artículo 6 de la presente ley. Esta entidad será responsable del fomento y de las estrategias para la creación permanente de empleo estable y con las garantías prestacionales, salariales y de jornada laboral aceptada y suscrita en la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”***. (Negrillas fuera del texto). Es por ello que, para los efectos de este proceso, la entidad que se vinculó fue el Ministerio del Trabajo.

## LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tanto el Consorcio FOPEP<sup>6</sup>, como el Ministerio vinculado, contestaron la demanda dentro de la oportunidad que se les concedió para el efecto.

### 1. Contestación del Consorcio FOPEP<sup>7</sup>.-

En su escrito se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones:

**i) Falta de competencia.** El consorcio FOPEP no es una entidad de derecho público ni un particular con funciones administrativas, razón por la cual no expide actos administrativos. El documento que se demanda en esta oportunidad, no es susceptible de ser impugnado a través de la acción de simple nulidad ni ante esta Jurisdicción.

**ii) El Consorcio FOPEP 2007 no es una autoridad,** pues está integrado por 4 entidades fiduciarias con el objeto de suscribir y desarrollar un contrato de

---

<sup>6</sup> Se precisa que esta Corporación a través de la Sección Tercera, ha considerado que como los Consorcios carecen de personería jurídica, deben comparecer al proceso cada uno de los integrantes del mismo. En este asunto, a folios 112 y siguientes del expediente obra escritura pública N° 02888 de 5 de diciembre de 2007, en cuya cláusula primera **cada una de las sociedades fiduciarias que integran el consorcio le otorgaron poder especial, amplio y suficiente al dr. Jesús Alfonso Robayo Molina para:**

***“b). Actuar en representación del CONSORCIO FOPEP 2007 y las entidades fiduciarias consorciadas ante las autoridades administrativas, órganos de inspección, vigilancia y control, entidades gubernamentales y jurisdiccionales, para lo cual podrá designar los apoderados judiciales a que haya lugar”***. (Negrillas y Subrayas de la Sala).

En ese orden, y como cada una de las sociedades fiduciarias le otorgaron poder judicial al referido mandatario, la parte demandada compareció en debida forma.

<sup>7</sup> Folios 119 a 128.

encargo fiduciario celebrado con el entonces Ministerio de la Protección Social. Dicho contrato implica la administración de unos recursos sin que para el efecto exista transferencia de dominio.

El consorcio es un ente particular que carece de personería jurídica, y no es una autoridad en los términos del artículo 1 del C.C.A, por la simple razón de que no cumple funciones administrativas.

Para que un particular ejerza tales funciones, se requiere que exista una Ley que así lo señale expresamente y en el caso del Consorcio FOPEP 2007, no hay disposición expresa que establezca tal condición como lo exige el artículo 210 de la Constitución y la Ley 489 de 1998 *“el administrar por encargo fiduciario no genera per se que se desempeñe función administrativa, el contrato de encargo fiduciario no cumple con los requisitos de la Ley 489 de 1998 para suponer que con él se está efectuando una delegación a asignación de funciones públicas”*.

De lo anterior se sigue que el Consorcio no emite actos administrativos de ningún tipo pues tan solo administra recursos por fiducia y cumple con las obligaciones señaladas en el contrato de encargo fiduciario, es decir, por extensión no puede atribuírsele la connotación de función administrativa al desarrollo de su objeto social y contractual.

Citó algunas providencias del Consejo de Estado según las cuales *“el ente consorcial (...) se caracteriza como un contrato asociativo de empresas o empresarios, con vinculaciones de carácter económico, jurídico y técnico, para la realización o ejecución de determinadas actividades o contratos, pero sin que la simple asociación genere una persona jurídica de las de los partícipes o consorciados quienes conservan su autonomía, independencia y facultad de decisión”*<sup>8</sup>.

Sostuvo que los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998 establecen las condiciones y requisitos para el ejercicio de funciones administrativas por particulares y que para el caso del consorcio FOPEP 2007 no existe

---

<sup>8</sup> Al efecto, citó, las siguientes providencias: Sentencia de 5 de marzo de 1999 proferida por la Sección Cuarta (M.P. Daniel Manrique Guzmán), la sentencia N° 15321 del 13 de mayo de 2004, Auto de 28 de mayo de 1999 Radicación N° 15508 Actor: Consorcio R y M construcciones Ltda y otro y sentencia N° 22051 del 15 de mayo de 2003.

Decreto del Ministerio de la Protección Social mediante el cual le delegue ese tipo de competencias.

**iii) El documento demandado no es un acto administrativo susceptible de ser impugnado mediante la acción de simple nulidad**, porque no crea, modifica ni extingue derechos y no fue proferido por una autoridad administrativa.

El objeto del Reglamento, como su texto lo dice, es actualizar los procedimientos, potestad de que es propia de cualquier entidad privada para la consecución de su objeto social, sin que por ello pueda considerarse acto administrativo.

**iv) El documento demandado no reglamenta ni desarrolla normas**, pues de la lectura del mismo se infiere que *“aplica, reproduce, cita o lleva a la práctica los contenidos normativos de lo consagrado en la Ley 79 de 1988, Decreto 1073, Circular Básica Jurídica 007 de la Superintendencia Financiera y demás normas aplicables”*, y no fija aspectos nuevos, distintos a lo que la Ley prevé.

El consorcio no ejerció potestades legislativas porque el Reglamento impugnado no es una Ley ni un Código. Las entidades privadas para desarrollar sus funciones, necesitan tener un procedimiento y un trámite interno que debe ser regulado por ellas mismas.

Precisó que el Reglamento demandado fue objeto de análisis por parte del Juzgado 28 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, autoridad que señaló:

*“No obstante lo anterior, la norma (Ley 79 de 1988) no expresa en su contenido la manera como debe llevarse a cabo el trámite de asignación de códigos para realizar tales descuentos, dejando en cabeza de la entidad la adopción de un procedimiento para ello, sin que el mismo exceda los parámetros legales.*

*(...) sin embargo, habiéndose cumplido los requisitos mencionados por parte de la accionante, debe tenerse en cuenta que la entidad cuenta (sic) con un reglamento interno que a juicio de éste Despacho no excede los parámetros exigidos por la norma, en cuanto solicita a las Cooperativas a favor de las cuales se van a hacer descuentos de*

*nómina por primera vez que acrediten una serie de calidades con el fin de investigar su procedencia y legalidad evitando así defraudaciones al patrimonio del Estado”.*

**v) Requisitos y procedimientos ordenados por Ley.** El reglamento no exige presentar los libros ni revisar los papeles de los comerciantes, como equivocadamente lo plantea la demandante. Situación distinta es el deber legal de presentar una información básica, especialmente cuando se trata de entidades del sector financiero como el caso de las fiduciarias que conforman el Consorcio FOPEP 2007. Dicho deber se denomina *“conocimiento del cliente para la prevención y detección del lavado de activos” obligación de Ley especialmente prevista en el Capítulo XVI del Estatuto Orgánico del Estatuto Financiero, la Ley 365 de 1997, la Ley 526 de 1999, la circular externa 007 de 1996 y la circular externa 046 de 2002, las dos últimas emanadas por la Superintendencia Financiera, con lo que se busca el conocimiento de las personas con las cuales tengan relaciones y que impliquen manejo de recursos”.*

Esto significa que lo previsto en el documento censurado no obedece a una reglamentación nueva o caprichosa, sino a disposiciones que han sido previamente establecidas.

En ese orden, no se desbordó la potestad reglamentaria. Debe tenerse en cuenta, además, que el Consorcio en cumplimiento de la Ley está en la necesidad de adelantar el conocimiento del cliente solicitando los datos y documentos mínimos de su información financiera, lo cual es distinto a pedir o inspeccionar los libros del comerciante como incorrectamente lo afirma el demandante.

Aunado a ello, en desarrollo del principio constitucional de transparencia, el Consorcio FOPEP 2007, se encuentra en la obligación de conocer los datos básicos de las entidades y personas con las cuales tiene vínculos legales o contractuales a fin de evitar que aquéllas que se dedican a actividades ilícitas o indebidas utilicen al consorcio en forma fraudulenta.

Lo anterior no constituye un comportamiento *contra legem*. Por el contrario, en distintos eventos se exige aportar cierta información financiera como ocurre en la inscripción en el SICE, en la participación en procesos de contratación, en el trámite y obtención de créditos, en la apertura de cuentas, entre otros.

Ahora bien, para la asignación del código se diseñaron unos formularios que contienen la información necesaria para conocer las instituciones con las que el Consorcio tendrá relaciones de tipo legal o comercial, lo cual se hace en virtud de normas establecidas. Resulta ilógico que se generen vínculos con terceros desconocidos frente a los que no se pueda acceder a datos mínimos tales como el representante legal, número de cuenta, personas autorizadas para los trámites, NIT, certificado de Cámara de Comercio o su equivalente; elementos sin los cuales resultaría imposible desarrollar la gestión y cumplir las normas que la misma demandante citó como violadas.

**vi) Libertad de las entidades privadas para desarrollar sus actividades.** El Consorcio FOPEP 2007, debe estar en la posibilidad de llevar a cabo su objeto social, en este caso el cumplimiento del contrato, y gozar de cierta libertad para ello, sin contrariar el Estado de Derecho y por lo tanto está legitimado y legalmente obligado a fijar algunos parámetros mínimos para relacionarse con los terceros con los que va a interactuar.

Lo anterior se evidencia en hechos como la respuesta que dio la Superintendencia Solidaria mediante Oficio SES-OJ-1239-02 a la inquietud sobre *“los requisitos que debe cumplir una entidad para que le sea otorgado el código para los descuentos y en qué casos se puede suspender o eliminar el código a las cooperativas”*:

*“De una consulta desprevénida se observa que las siguientes entidades cuentan con una reglamentación o directrices para ordenar el tema de la realización de los descuentos por nómina, sin que ello pueda ser considerado reglamentación de normas o expedición de nuevas normas, es simplemente la práctica de la libertad para desarrollar esta actividad dentro del marco legal y respetando derechos, pero también de los deberes de los que interactúan en el proceso.*

- CAPRECOM
- Contraloría General de la Nación.
- Secretaría de Educación Departamental del Chocó
- FOMAG
- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
- Seguro social
- Secretaría de Hacienda de Bogotá
- Policía nacional
- Secretaría de Educación de Cundinamarca
- Fondo del pasivo social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia



-Secretaría de Educación de Ipiales  
-Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.  
-INPEC”

## 2. Contestación del Ministerio del Trabajo<sup>9</sup>.-

En su escrito se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirmó que la parte actora ha interpretado erróneamente el Reglamento censurado, al darle un sentido distinto del que realmente tiene, desatendiendo su contenido literal y los demás elementos de la interpretación, tergiversando sus efectos jurídicos. Por lo tanto, es evidente que la demandante no realizó un estudio de fondo, sino que se limitó a emitir sus apreciaciones y críticas en el caso concreto y no fundamentó el concepto de la violación de los derechos constitucionales que estima vulnerados.

Agregó:

- i) La **demanda es inepta por inexistencia del acto administrativo objeto de control jurisdiccional**, toda vez que el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo, cuyos recursos se administran mediante encargo fiduciario.

Dicho fondo fue creado por el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, y en cumplimiento de esa disposición, el entonces Ministerio de la Protección Social suscribió el contrato de encargo fiduciario N° 350 de 2007 con el consorcio FOPEP 2007 con el objeto de que el último administre los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. De este modo, las funciones que desempeña el consorcio demandado corresponden a las de *“mero pagador de las pensiones reconocidas por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en liquidación”*, así como de las demás entidades subrogadas en el pago, razón por la cual se trata de una entidad de derecho privado que desarrolla una actividad particular en ejecución del contrato de encargo fiduciario suscrito.

Cuando el FOPEP adoptó el reglamento para la asignación y manejo de descuentos por nómina, no actuó en ejercicio de una potestad administrativa, ni se arrogó las competencias conferidas en el artículo 189 de la Constitución al Presidente de la República, toda vez que el objeto del reglamento es *“actualizar y*

---

<sup>9</sup> Folios 135 a 144.

*establecer los procedimientos, trámites, requisitos y políticas para la asignación y utilización del código para descuentos autorizados en las nóminas liquidadas por el consorcio FOPEP 2007 para los pensionados activos en la base de datos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, obteniendo con ello mejoras en la organización de los procedimientos, eficiencia y transparencia en el servicio que se brinda a los pensionados y terceros que tiene relación con el consorcio FOPEP como administrador de los recursos del fondo de pensiones públicas del nivel nacional”.*

Comoquiera que los actos administrativos son la expresión de la voluntad de la administración pública mediante la cual la autoridad competente para ello crea, modifica o extingue una situación jurídica de carácter general o particular; el documento cuya nulidad se pretende, no constituye por sí mismo un acto administrativo, toda vez que no existe la voluntad del Estado para crear, extinguir o modificar derechos o situaciones jurídicas de carácter general o particular.

Afirmó que el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia, (sentencia de 5 de mayo de 2011, radicación N° 17264, Sección Cuarta C.P. Hugo Fernando Bastidas), señaló los elementos que se deben tener en cuenta para la configuración del acto administrativo, al determinar que se entiende por tal *“toda manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos. Esto quiere decir que un pronunciamiento de la administración es un acto administrativo si tiene por contenido crear, extinguir o modificar una situación jurídica (general o particular) la necesidad de establecer la naturaleza de los pronunciamientos o manifestaciones de voluntad de la administración en desarrollo de su actividad administrativa es básica para determinar cuándo un acto de la administración está sujeto al control jurisdiccional , pues sólo los actos administrativos pueden ser demandados por medio de las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo”.*

De acuerdo con ese pronunciamiento el documento censurado no constituye un acto administrativo, pues no tiene por contenido crear, extinguir o modificar una situación jurídica general o particular que una autoridad pueda hacer cumplir contra la voluntad de los interesados.

La finalidad del reglamento demandado no es la de reconocer o desconocer los derechos para la asignación, renovación y manejo de códigos para el descuento

por nómina de pensionados, sino la de informarles a ellos y a las entidades con las cuales han contraído créditos, los requisitos establecidos en la normatividad vigente que regula el sistema financiero para la procedencia de este tipo de descuentos.

La adopción del citado documento es una potestad propia de cualquier entidad privada para el desarrollo de su objeto social sin que por ello se configure la existencia de un acto administrativo, adicionalmente, el mismo no reglamenta el artículo 142 de la Ley 79 de 1988 ni desconoce el artículo 63 del Código de Comercio. Mediante la primera de las normativas citadas, el legislador reguló el sistema de préstamos por intermedio de las cooperativas estableciendo la posibilidad de que los asociados puedan comprometerse autorizando a los patronos o entidades de previsión que atiendan los pagos de las pensiones para que por cuotas se paguen los préstamos realizando los respectivos descuentos, lo que implica el establecimiento de una relación económica y comercial entre las entidades pagadoras de pensiones como el consorcio FOPEP y las cooperativas con las cuales los pensionados vayan gestionado créditos.

El acto demandado tampoco contraviene el artículo 63 del C.Co. comoquiera que para la asignación de códigos de descuentos por nómina establecidos en el anexo N° 1 del reglamento, no exige como requisito la presentación de los libros ni la revisión de los papeles del comerciante como equivocadamente lo sostiene la actora, toda vez que solo contempla los datos mínimos de las entidades y personas con las cuáles se establecerán vínculos económicos y contractuales.

De otro lado, la necesidad de presentar información básica está directamente relacionada con el conocimiento de la información financiera denominada *“conocimiento del cliente para la prevención y detección del lavado de activos”* que busca fundamentalmente cumplir un deber legal establecido en el Capítulo XVI del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en otras leyes y circulares externas proferidas por la Superintendencia Financiera, con el objeto de conocer a las personas con las cuales se van a establecer relaciones económicas que impliquen manejo de recursos.

Reiteró que, el Consorcio FOPEP, debe adelantar el conocimiento del cliente, solicitando los datos y documentos mínimos que permitan el obedecimiento de las normas que lo establecen, toda vez que en desarrollo del principio constitucional

de transparencia, tiene la obligación de conocer los datos mínimos de quienes tendrán vínculos con él.

*“si la normatividad legal vigente del sistema financiero establece la obligación de contar con una información básica financiera de los entes económicos con los cuales se realicen transacciones y acuerdos que impliquen la transferencia de dineros, no puede afirmarse válidamente que el consorcio FOPEP 2007 se arroga una facultad reglamentaria al incluir en un documento los preceptos legales establecidos, toda vez que no se establecen requisitos adicionales a los exigidos en las normas vigentes para la prevención y detección del lavado de activos”*

Así las cosas no se puede aducir que el Consorcio FOPEP hubiese pretendido reglamentar una norma superior de derecho o introducir disposiciones o preceptos no contemplados en las disposiciones legales o expedido normas que modifiquen, sustituyan o deroguen leyes, decretos preexistentes o que hubiera modificado el artículo 142 de la Ley 79 de 1988; toda vez que a través del documento acusado, el citado consorcio dio cumplimiento a la obligación legal establecida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que regula el deber de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de adoptar medidas de control orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes procedentes de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.

**ii) El documento demandado no desconoce las normas superiores que aduce el accionante.** Por cuanto no contiene disposiciones que lo contraríen ni contempla requisitos adicionales a los establecidos en la normatividad legal vigente aplicable al sistema financiero.

**iii) Con el documento demandado se protegen los derechos de los asociados.** Ante la presencia en el mercado de un número considerable de entidades que ofrecen préstamos a los pensionados, el documento censurado tiene por objeto proteger a los mismos de contraer obligaciones de contenido económico que puedan llegar a afectar de manera significativa la adecuada satisfacción de sus necesidades básicas económicas y las de su grupo familiar al gestionar créditos con entidades no habilitadas legalmente para ello o que inapliquen las normas que regulan su actividad y sobrepasen los descuentos autorizados sobre las mesadas pensionales establecidos en los Decretos N° 1073 de 2002 y 994 de 2003.

El Reglamento acusado no desconoce los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, pues busca concretar la manera como debe efectuarse la asignación y manejo de códigos para el descuento por nómina de los pensionados del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, toda vez que el mismo está directamente relacionado con el mejoramiento de la organización de los procedimientos y con la eficiencia y transparencia en la prestación del servicio que se debe brindar a los pensionados y terceros que tienen relación con el Consorcio FOPEP 2007.

De este modo no resulta procedente la solicitud de nulidad de la demandante porque el documento impugnado está en función del interés general de las personas y se expidió con el objeto de velar por la conducta y las actuaciones de los pensionados y para que las mismas conserven la autonomía en la utilización de estos medios.

De otro lado la norma cuestionada no ha causado traumatismo alguno, ni perjuicios, al contrario: ha beneficiado a la comunidad sin desconocer la Constitución ni la Ley. No existe causal de nulidad y no se está contraviniendo norma de carácter superior por cuanto existe un legítimo y necesario uso de las facultades legales.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El Ministerio del Trabajo** presentó alegatos de conclusión dentro del término que se le concedió para el efecto<sup>10</sup>. Las demás partes guardaron silencio.

En su escrito, solicitó negar las pretensiones formuladas por la parte actora. Reiteró la mayoría de los argumentos que expuso en la contestación de la demanda e insistió en que el Reglamento acusado no constituye un acto administrativo pasible de ser enjuiciado, pues fue expedido en ejercicio de una potestad propia de cualquier entidad privada para el desarrollo de su objeto social.

Sostuvo que el documento que censura la parte actora no pretende reglamentar la Ley 79 de 1988 ni la contradice. Tampoco vulnera las disposiciones del Código de Comercio ni el ordenamiento jurídico en general, antes bien: tiene por objeto proteger a los pensionados de contraer obligaciones de contenido económico que

---

<sup>10</sup> El escrito de alegatos obra a folios 148 a 152 del expediente.

puedan llegar a afectar de manera significativa la cobertura de sus necesidades básicas.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, rindió concepto mediante escrito<sup>11</sup> en el que solicitó denegar la pretensión de nulidad *“en tanto que se acreditó que el ente demandado es una persona jurídica de derecho privado que no ha sido habilitado para desarrollar actividades públicas y, por lo mismo, sus manifestaciones no alcanzan a caracterizarse en actos administrativos, donde lo legítimo es la inhibición”*. (Se subraya).

A juicio de la Vista Fiscal, la excepción propuesta por el Ministerio demandado tiene vocación de prosperar por cuanto la parte accionante planteó su censura únicamente frente al instrumento que el FOPEP elaboró para aplicar en las nóminas de los pensionados y proceder a efectuar todos los descuentos de Ley y así pagar las respectivas mesadas, sin que de tal escrito se pueda inferir que el consorcio estaba legislando y reglamentando la materia comercial y financiera.

En el *sub-lite* está demostrado que los objetos sociales de las fiduciarias que integran el consorcio FOPEP se limitan al desarrollo de actividades comerciales y mercantiles (no administrativas) así que el Fondo de Pensiones es *“una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hoy Ministerio de la Protección Social, que debe administrarse mediante encargo fiduciario”*

Sobre la posibilidad de que se asignen funciones administrativas a particulares, señaló que la Corte Constitucional se ha referido a ello en el caso de los pasivos pensionales de las universidades públicas enfatizando en la función y naturaleza de las sociedades fiduciarias (sentencia C-368 de 2012.).

Sostuvo que la actividad del FOPEP no es puramente administrativa, por lo que sus manifestaciones de voluntad no se encuadran en actos susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción Contenciosa; de este modo procede declarar la excepción de inepta demanda.

---

<sup>11</sup> Folios 154 a 163 del expediente.

También se refirió a la potestad reglamentaria y al ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares. Al efecto transcribió apartes de conceptos y providencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional<sup>12</sup>.

De lo anterior concluyó que *“para la entrega de funciones administrativas a particulares ha de anteceder una Ley u ordenamiento jurídico preciso y conciso, que en el caso de autos se echa de menos, por lo que es de inferir que la actividad del Consorcio FOPEP es estrictamente privada y, en ese orden de ideas no está sujeta a control de legalidad toda vez que no ejecuta tareas administrativas ni expide actos reglamentarios, ni administrativos, ni menos legislativos”*.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede esta Subsección a resolver la controversia previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

Previo al análisis de fondo de la controversia planteada que supone el estudio de la legalidad del *“Reglamento para la asignación, renovación y manejo de códigos para el descuento por nómina de los pensionados del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional”*, dictado por el Consorcio FOPEP; debe la Sala resolver las excepciones propuestas y determinar, en primer término, si en este caso existe acto administrativo objeto de control jurisdiccional.

En efecto, el Consorcio FOPEP, el Ministerio del Trabajo y la Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, afirman que el primero no es una entidad de derecho público ni un particular que ejerce funciones administrativas, razón por la cual no expide actos administrativos. Agregan que el documento que se demanda en esta oportunidad, no es susceptible de ser impugnado a través de la acción de simple nulidad ni ante esta Jurisdicción, porque no crea, modifica ni extingue derechos y no fue proferido por una autoridad administrativa.

Explican que el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional fue creado por el artículo 130 de la Ley 100 de 1993 y es una cuenta especial de la Nación, sin

---

<sup>12</sup>Citó el concepto de 4 de noviembre de 2004 radicación N° 1592, dictado por la Sala de Consulta y Servicio Civil (sobre descentralización por colaboración). La sentencia de 31 de octubre de 2007 proferida por la Corte Constitucional (no indica el número de la providencia, se limita a señalar que la Ponente fue el doctor Vargas Hernández).

personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo, cuyos recursos se administran mediante encargo fiduciario. En cumplimiento de la citada disposición, el entonces Ministerio de la Protección Social suscribió el contrato de encargo fiduciario N° 350 de 2007 con el consorcio FOPEP 2007 con el objeto de que el último administre los recursos del referido Fondo. De este modo, las funciones que desempeña el Consorcio que expidió el documento demandado corresponden a las de *“mero pagador de las pensiones reconocidas por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en liquidación”*, así como de las demás entidades subrogadas en el pago, razón por la cual se trata de una entidad de derecho privado que desarrolla una actividad privada en ejecución del contrato de encargo fiduciario suscrito.

A juicio de dichas entidades, el objeto del Reglamento, como su texto lo dice, es actualizar los procedimientos, potestad de que es propia cualquier entidad privada para la consecución de su objeto social, sin que por ello pueda considerarse acto administrativo.

Para resolver este asunto, la Sala se referirá a la naturaleza jurídica del Consorcio FOPEP y a la del Reglamento que se demanda en esta oportunidad.

#### **1. Naturaleza jurídica del Consorcio FOPEP.-**

El artículo 130 de la Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, *“como una cuenta de la Nación adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos se administrarán mediante encargo fiduciario”*.

Prevé esa disposición que *“el Fondo sustituirá a la Caja Nacional de Previsión Social en lo relacionado con el pago de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, y a las demás cajas de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional, que el Gobierno determine y para los mismos efectos. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos requeridos para el pago de las pensiones reconocidas o causadas con anterioridad a la presente Ley”*<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Agrega la disposición en cita que *“A partir de 1995, todas las obligaciones por concepto de pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, reconocidas por la Caja Nacional de Previsión, serán pagadas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, creado por la Ley 33 de 1985 continuará siendo responsable del reconocimiento y pago de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sobrevivientes, y de los servicios de salud de los congresistas y de los empleados del Congreso y del Fondo que aporten para los sistemas de pensiones y de salud de conformidad con las normas de la presente Ley”*.



En desarrollo de lo establecido en el precitado artículo el Gobierno Nacional expidió el Decreto N° 1132 de 1994 (modificado por el Decreto 2921 de 1994), que reglamentó la administración y funcionamiento del Fondo de Pensiones Públicas FOPEP.

En esta última normativa se ratifica la naturaleza jurídica del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional<sup>14</sup> como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyos recursos se administran mediante **encargo fiduciario**.

Así las cosas, el Ministerio de la Protección Social (Hoy Ministerio de Trabajo), ordenó la apertura de la licitación pública No. MPS-09-2007 mediante Resolución No. 4332 del 23 de noviembre de 2007<sup>15</sup> a fin de contratar a la entidad fiduciaria para administrar los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

La licitación fue adjudicada al Consorcio FOPEP, el cual está integrado por las sociedades fiduciarias: *FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A.*, *FIDUAGRARIA S.A.*, *FIDUCOLDEX S.A.* y *FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.*

El 30 de noviembre de 2007 el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Trabajo) y el CONSORCIO FOPEP 2007, suscribieron el contrato No. 350, cuyo objeto es *“la administración por encargo fiduciario por parte del CONSORCIO, de los Recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, en los términos establecidos en el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1132 y 2921 de 1994, 1136 y 1151 de 1997 y demás normas que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan”*<sup>16</sup> (folios 13 a 34 del expediente).

---

<sup>14</sup> El Fondo de Pensiones Públicas del Nivel nacional, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1132 de 1994, cuenta con un Consejo Asesor integrado por *i)* el Ministro de Trabajo o delegado, *ii)* el gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, *iii)* un representante de los pensionados designado por la agremiación más representativa de aquellas a cuyos afiliados cubre el fondo y *iv)* el Ministro de Hacienda o Crédito Público o su delegado.

<sup>15</sup> Datos tomados de la página de internet: [www.fopep.gov.co](http://www.fopep.gov.co)

<sup>16</sup> De acuerdo con la información publicada en la página Web de la Entidad, dentro de las funciones del consorcio se encuentran las de i) realizar la gestión oportuna para la obtención mensual de los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, establecidos en los numerales 1 y 5 del artículo 3° del Decreto 1132 de 1994, y realizar control, seguimiento y análisis de los mismos, ii) recibir los recursos correspondientes y efectuar el pago de pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez, de sustitución o sobrevivientes, iii) garantizar desde el inicio del contrato la continuidad de la operación integral del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, de acuerdo con los procesos y procedimientos vigentes, sin perjuicio de la revisión y actualización que se requiera con base en la normatividad y nuevos desarrollos tecnológicos, iv) administrar con criterios de oportunidad, seguridad, rentabilidad y liquidez, los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional., v) implementar mecanismos de control que permitan garantizar la oportuna transferencia de recursos, el adecuado proceso de nómina y pago de las pensiones a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, vi) cumplir con todo el marco legal que le rige según su naturaleza.

Ahora bien. En lo que tiene que ver con la naturaleza jurídica del Consorcio, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 prevé que se entiende por tal *“cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de 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”*.

El estatuto de contratación, además, establece que los proponentes que conformen un consorcio *“deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.”*

En esos términos, el consorcio es la agrupación de dos o más personas naturales o jurídicas que, en ejercicio del derecho de asociación, convienen organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.<sup>17</sup>

De este modo, y reiterando lo que consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001 al examinar la constitucionalidad del artículo 7 (parcial) de la Ley 80; los consorcios son sujetos capaces para celebrar contratos y constituyen un instrumento de cooperación entre empresas que les permite desarrollar ciertas actividades, a través de la unión de esfuerzos técnicos, económicos y financieros con el fin de asegurar la más adecuada y eficiente realización de las mismas.

Así mismo, la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado<sup>18</sup> como de la Corte Constitucional, han señalado que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad

---

<sup>17</sup> Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C- 414 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>18</sup> Sentencia de 10 de febrero de 2011 proferida dentro del expediente N° 16306. Demandante: Consorcio Distrimundo. Demandado: Municipio de Armenia Quindío. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

estatal, no se constituye en una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados. Así se ha expresado la Corporación:

*“El consorcio es entonces una forma no societaria de relación o de vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, con miras a obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos, regida por las condiciones que tienen a bien acordar los participantes del consorcio, y por tanto, correspondiente al ámbito de actividad e iniciativa privada, no obstante la responsabilidad solidaria y la penal establecidas en la ley (arts. 7º y 52, ley 80 de 1993)”<sup>19</sup>.*

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C- 414 del 22 de septiembre de 1994, por medio de la cual declaró exequible el parágrafo 2o. del artículo 7o. de la Ley 80 de 1993, afirmó que los consorcios no son personas jurídicas y que su representación conjunta es para efectos de la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos<sup>20</sup>.

Así las cosas, resulta claro que el Consorcio FOPEP, es un contratista, encargado de administrar –mediante encargo fiduciario- los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

A continuación la Sala se referirá al objeto del contrato N° 350 de 2007, suscrito entre el actual Ministerio del Trabajo y el Consorcio FOPEP, pues este análisis

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 30 de enero de 1997, radicación número 942.

<sup>20</sup> Así se expresó la Corte Constitucional en la mencionada providencia:

*“En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica. En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.*

*El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.*

*El artículo 7o. de la mencionada ley se refiere al consorcio, pero en lugar de definir su contenido esencial, ofrece una relación descriptiva de la figura señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman; según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.”*

facilitará el estudio posterior de la naturaleza jurídica del Reglamento demandado a efectos de establecer si el mismo es o no un acto administrativo.

### **1.1. La naturaleza y el objeto del contrato adjudicado al Consorcio FOPEP.-**

#### **1.1.1. El contrato.-**

Como ya se anticipó, una vez agotado el proceso de licitación pública, el entonces Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) y el Consorcio FOPEP, suscribieron el Contrato N° 350 de 30 de noviembre de 2007 cuyo objeto es la **administración por encargo fiduciario** por parte del Consorcio, de los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (cláusula primera).

En el párrafo primero de la cláusula cuarta del contrato, se dejó claro que en desarrollo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no se transfiere al Consorcio el dominio de los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional ni se constituye un patrimonio autónomo.

En lo que tiene que ver con la Dirección del Fondo de Pensiones del Nivel Nacional, la cláusula sexta estableció que ésta corresponde al Ministerio de la Protección Social (léase Ministerio del Trabajo) el cual, a través de las Direcciones Generales de Financiamiento y Seguridad, Económica y Pensiones, debe garantizar el adecuado cumplimiento y desarrollo de sus objetivos. Agrega la referida cláusula que para esos efectos, el Ministerio realizará la interventoría especializada en el manejo financiero, de gestión y demás aspectos que estime convenientes, para lo cual el Consorcio debe facilitar la información que se requiera. Prevé además que la ordenación del gasto y autorización de pagos la realizará el Ministerio y que el Consorcio solo puede tramitar los documentos y pagos autorizados so pena de que no sean imputables al Fondo de Pensiones y sean responsabilidad exclusiva del Consorcio.

De otro lado, como obligaciones del contratista, se destacan las siguientes:

**a).** Responder al Ministerio por la restitución de los Recursos que sean pagados o girados indebidamente, como consecuencia de errores o incumplimiento de obligaciones (cláusula 7 N° 1.7.).

**b)** Establecer los controles de pre Nómina que permitan verificar las novedades reportadas, **incluidos los descuentos de Ley** (cláusula 7 N° 1.8 literal c.).

**c).** Establecer controles para el adecuado pago a terceros (cláusula 7 N° 1.8 literal f.).

**d).** Elaborar, revisar y pagar la nómina de pensionados, **previos los descuentos a que haya lugar de acuerdo con un** cronograma mensual establecido (cláusula 7 N° 3.6.).

**e)** Efectuar otros pagos que se deban realizar con cargo a los Recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional tales como: el pago a terceros, por los descuentos efectuados a la nómina (cláusula 7, numeral 3.7).

**f).** Suministrar a la interventoría del contrato y a la Auditoría del Fondo que el Ministerio defina, la información que cada uno requiera para desarrollar su labor, presentar informes que éstos le exijan de acuerdo con las actividades y prestar el apoyo necesario para el cumplimiento de su función de evaluación y control del encargo fiduciario (cláusula 7 N° 3.10).

De otro lado, la cláusula octava del contrato le asigna a la entidad contratante, entre otras, las siguientes obligaciones:

- Exigir al Consorcio la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado.
- Adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.
- Adelantar las acciones conducentes para obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato.
- Repetir contra los servidores públicos, el consorcio o los terceros por las indemnizaciones que deban pagar, como consecuencia del contrato.
- Verificar periódicamente el cumplimiento y la calidad de los servicios del consorcio, con el fin de establecer que los mismos se presten en la forma y oportunidad debidas y cumplan con las condiciones de calidad requeridas por el Ministerio y el sistema de seguridad social en pensiones.
- Recibir y evaluar los informes presentados por el consorcio y solicitar los informes que se requieran.

### 1.1.2. Naturaleza y objeto.

El contrato que se estudia es de naturaleza estatal en tanto fue celebrado por una entidad pública (el entonces Ministerio de la Protección Social) y se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993. Su objeto es la administración por parte del consorcio contratista y a través de un **encargo fiduciario**, de los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

Sobre esta modalidad contractual, el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, prevé que *“los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria (léase Superintendencia Financiera)<sup>21</sup>, **tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren (...)**”* (las negrillas son de la Sala).

Agrega la disposición que este tipo de contratos sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en esa Ley, **únicamente para los objetos y con plazos precisamente determinados**. *“En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que estos se encuentren presupuestados”*.

Asimismo, establece que los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario, deben cumplir estrictamente con las normas previstas en ese estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Frente a la responsabilidad del contratista, prevé la referida norma que *“sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria (léase Superintendencia Financiera) y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República, y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la*

---

<sup>21</sup> Mediante el Decreto 4327 de 2005, el Presidente de la República, fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia e la Superintendencia de Valores y modificó su estructura denominando a esa entidad Superintendencia Financiera, cuyas funciones están enunciadas en el artículo 9 de ese Decreto.

*administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia”.*

Prevé el citado artículo que la fiducia que se autoriza para el sector público, **nunca implicará transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales**, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. Agrega finalmente que: *“a la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, cuando sean compatibles con lo dispuesto en esa Ley”.*

Cabe precisar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de esa normativa (actividad contractual), se rigen -en lo que sea compatible- por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes. En igual sentido, la Circular Jurídica Básica de la Superintendencia Financiera en el título 5, capítulo primero, numeral 5.4.5., remite las normas de naturaleza civil y comercial.

A su turno, el numeral 1 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, prevé:

**“ARTICULO 146. NORMAS GENERALES DE LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS.**

**1. Normas aplicables a los encargos fiduciarios.** *En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto”.*  
(Negrillas de la Sala).

Ahora bien. Los encargos fiduciarios públicos, son contratos mediante los cuales las entidades estatales entregan, **en mera tenencia**, a las sociedades fiduciarias, recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, así como los fondos destinados a la cancelación de las obligaciones derivadas de los contratos

estatales con el fin de que los administren o manejen, obteniendo beneficios o ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado<sup>22</sup>.

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

- i)* No implica la transferencia del dominio de los bienes o recursos públicos ni se constituye un patrimonio autónomo,
- ii)* Deben tener un objeto y un plazo determinado,
- iii)* **En ningún caso y por ningún motivo, las entidades estatales pueden utilizar el esquema fiduciario para delegar en las sociedades fiduciarias el cumplimiento de una función pública que les es propia**, como sucede con la adjudicación de los contratos que deban celebrarse en desarrollo de la finalidad señalada en el acto constitutivo del respectivo negocio fiduciario (Circular Jurídica Básica de la Superintendencia Financiera título V, capítulo 1, numeral 5.4.2. inciso 6; y Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 5, inciso 2),
- iv)* No se puede pactar la remuneración de la fiducia con cargo a los rendimientos del fideicomiso salvo que se encuentren presupuestados,
- v)* No pueden celebrarse contratos de fiducia pública o encargos fiduciarios que conduzcan a un desconocimiento del mandato contenido en el artículo 355 de la Constitución,
- vi)* La selección de la fiduciaria se efectúa mediante licitación pública,
- vii)* Los actos o los contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario, cumplirán estrictamente las normas del Estatuto de Contratación Administrativa, así como las disposiciones presupuestales, de interventoría y de control a las cuales está sujeta la entidad estatal fideicomitente.

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

---

<sup>22</sup> Así lo define la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, en el título quinto, capítulo primero, numeral 5, subnumerales 5.4.1.)



previamente citadas, que a los fiduciarios les sean delegadas funciones administrativas que tienen asignadas las entidades fideicomitentes.

En efecto, la Superintendencia Financiera, entidad que por excelencia ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades fiduciarias y de las que administran fondos de pensiones de jubilación e invalidez<sup>23</sup>; ha señalado que *“la operación fiduciaria es una actividad mercantil reglada en razón del interés que reviste su ejercicio. Por ello su explotación se encuentra reservada a profesionales calificados, quienes solo pueden celebrar los actos y contratos autorizados de manera expresa por el legislador para el desarrollo de su objeto social y su actuación se sujeta a la permanente supervisión del Estado”*<sup>24</sup>.

Para la referida Superintendencia, si bien el ordenamiento jurídico permite atribuir a personas naturales o jurídicas de derecho privado el ejercicio de funciones administrativas *“las sociedades fiduciarias no se encuentran facultadas para asumir tales roles, por cuanto las disposiciones especiales de la Ley 80 de 1993, que definen cuales son las modalidades y el objeto de los contratos que, exclusivamente aquellas pueden celebrar con las entidades estatales (los de fiducia y encargos fiduciarios) no contemplan dicha posibilidad”*<sup>25</sup>

Agrega *“(…) por último, no sobra recordar que con la imposición de las limitaciones antedichas en la contratación pública el legislador de 1993 quiso impedir que las entidades oficiales se excedieran en la delegación de sus responsabilidades a través del esquema abierto de fiducia y frenar así los abusos registrados en ese frente por las entidades del orden nacional y territorial”*.

### **1.1.3. Control sobre la actividad del fiduciario.**

En consideración a que a través del contrato de *“encargo fiduciario”* una entidad estatal le asigna a un contratista (fiduciario) la administración de unos recursos públicos; resulta importante mencionar que la actividad contractual de esa naturaleza, está sujeta a distintos controles.

<sup>23</sup> Artículo 168, numeral 4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

<sup>24</sup> Concepto N° 2007040484-0 de 19 de septiembre de 2007.

<sup>25</sup> Ibidem.

En primer término, se resalta que al Presidente de la República le corresponde *“ejercer, de acuerdo con la Ley, la inspección, vigilancia y control de las personas que realicen las actividades financiera, bursátil aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos captados del público”*. En los términos del artículo 189 numeral 24 de la Constitución.

Así, la Carta Política le asignó expresamente al Primer Mandatario del Estado el control, inspección y vigilancia de la actividad financiera, y éste ejerce su atribución constitucional a través de la Superintendencia Financiera (Decreto 4327 de 2005), entidad que desempeña entre otras, las siguientes funciones:

- a) Inspección y vigilancia sobre las sociedades que administran fondos de pensiones de jubilación e invalidez para que dicha administración se ajuste a lo dispuesto por la Constitución, la Ley, los reglamentos del fondo y los planes de pensiones (artículo 168, numeral 4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero<sup>26</sup>).
- b) Emitir las órdenes necesarias para que las entidades sujetas a la inspección y vigilancia y control suspendan prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras y ***para que adopten medidas correctivas y de saneamiento*** (artículo 3 N° 33 del Decreto 2739 de 1991, aplicable por remisión del artículo 9 del Decreto 4327 de 2005), y
- c) Velar por quienes participan en el mercado de valores ajusten sus operaciones a las normas que lo regulan, ordenar la práctica de visitas y las investigaciones que resulten necesarias.

Cabe mencionar la disposición contenida en el numeral 5 del artículo 80 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), según el cual *“la inspección y vigilancia sobre todos los aspectos de estos procedimientos [de instituciones financieras] y sobre la conducta de las personas que los realizan, corresponderán al Superintendente Bancario [léase Superintendente Financiero]”*.

De otro lado, la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal sobre los recursos que administra el fiduciario y efectúa un control posterior al desarrollo

---

<sup>26</sup> Decreto N° 663 de 1993.

del contrato en los términos del inciso 5 del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Asimismo, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, tienen asignadas funciones disciplinarias, de investigación penal y de veeduría respectivamente; que se erigen en un control externo a la actividad del contratista, quien debe responder ante esas autoridades si su proceder se aleja de los enunciados constitucionales, legales y/o reglamentarios.

Con todo, la entidad contratante que sigue siendo la propietaria de los recursos, y que para el caso concreto es el Ministerio del Trabajo, debe *“ejercer un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las Leyes vigentes sobre la materia”* (Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 5, inciso 6).

En efecto, en la cláusula décima primera del contrato N° 350 de 2007, se estableció que la interventoría del mismo la ejerce el Ministerio del Trabajo, entidad que debe adelantar el seguimiento, control, y evaluación de los servicios prestados, para verificar que cumplan con las condiciones de calidad. Según dicha disposición contractual, la interventoría tendrá por objeto verificar la correcta prestación del servicio y exigir el cumplimiento del contrato en todas sus partes. Así mismo el referido Ministerio tiene, entre otras, las obligaciones de exigir la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, adelantar las gestiones para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y las garantías a que hubiere lugar y, promover las acciones conducentes para obtener la indemnización de los daños que sufra con ocasión del contrato (cláusula octava).

Finalmente, a través de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo se ejerce un control judicial sobre la actividad contractual, en los términos siguientes:

***“Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.***

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.*

**El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso**". (las negrillas y subrayas son de la Sala).

Así las cosas, la Sala precisa que dada la naturaleza del contrato y la importancia que reviste el mismo si se considera que su objeto recae sobre recursos públicos destinados al pago de las pensiones; los actos, hechos u omisiones del Consorcio FOPEP -de acuerdo con disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias-, son susceptibles de ser controlados administrativa y/o judicialmente por la vía procesal que corresponda, según sea el caso; además de la responsabilidad que, en los términos de los artículos 26 y 52 de la Ley 80 de 1993, se predica de los contratistas.

Es importante reiterar además que las sociedades fiduciarias que conforman el Consorcio (dos de ellas de naturaleza pública<sup>27</sup>), están sujetas a supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la cual el Presidente de la República ejerce la inspección, control y vigilancia sobre las personas que realizan

---

<sup>27</sup> La Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. -FIDUAGRARIA S.A.-, es una sociedad de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Así lo ha considerado la Sección Tercera de ésta Corporación. Al efecto ver los autos de 3 de marzo de 2010, expediente N° 37448 Actor: TELESAL y CIA. LTDA. Demandado: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Consorcio; Remanentes Telecom en Liquidación (Consejero Ponente: Enrique Gil Botero) y el auto de la misma fecha dictado dentro del expediente N° 37594. Actor: Osorio y solano Ltda (Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez). En esas providencias, se ha sostenido que según a la información publicada en la página web [www.fiduagraria.gov.co/invitaciones](http://www.fiduagraria.gov.co/invitaciones). Información que tiene plena validez y que constituye un medio probatorio eficaz en razón a que está a disposición del público en general como documento electrónico. Al respecto ver la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 19 de agosto de 2009, expediente 16428.

La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A., FIDUCOLDEX, es una sociedad de servicios financieros de economía mixta indirecta (con participación accionaria de BANCOLDEX del 89%), filial del Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. BANCOLDEX. Esta última es, a su vez una Sociedad de economía mixta, anónima y vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

la actividad financiera, aseguradora y previsional, en los términos del artículo 189, numeral 24 de la Constitución<sup>28</sup>.

Esto, claro está, sin perjuicio del control social y contractual que sobre el Consorcio FOPEP ejerce el Ministerio del Trabajo, y de los controles externos por parte de la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, como ya se anotó.

Vista de este modo la naturaleza del Consorcio FOPEP, y del contrato celebrado entre éste y el Ministerio del Trabajo, procede la Sala a determinar si el Reglamento que cuestiona la demandante constituye un acto administrativo susceptible del control judicial a través de la acción de simple nulidad.

## **2. Naturaleza jurídica del Reglamento para la asignación, renovación y manejo de códigos para el descuento por nómina de los pensionados del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –FOPEP<sup>29</sup>.**

En el marco de la ejecución del contrato N° 350 del 30 de noviembre de 2007, el Consorcio FOPEP publicó en la página web de esa asociación ([www.fopep.gov.co](http://www.fopep.gov.co)), el Reglamento que censura la accionante, sin que exista certeza sobre el día exacto en que se llevó a cabo la publicación<sup>30</sup> y sin que el mismo aparezca suscrito por el Representante del Consorcio o por todos o algunos de sus integrantes.

---

<sup>28</sup> *ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*  
(...)

*24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles".*

<sup>29</sup> El texto del Reglamento demandado obra a folios 35 a 38 del expediente. Debido a su extensión la Sala se abstiene de reproducir su contenido normativo en la presente providencia.

<sup>30</sup> Esto porque, si bien al final del documento aparece la fecha de 14 de febrero de 2011, nada permite asegurar que ese corresponde al día de la publicación. En todo caso, al tenor del numeral 1.4. del Reglamento, el mismo comenzó a regir ese día (14 febrero de 2011).

No obstante, por aparecer publicado en la página institucional del Consorcio<sup>31</sup> y por ser allegado a este proceso como un documento emanado de éste último, aspecto que no controvierten las partes; se infiere sin lugar a equívocos que el Reglamento censurado proviene de éste.

Cabe precisar aquí que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, compete a las administradoras del fondo de pensiones realizar los descuentos por nómina autorizados por la Ley y los reglamentos. La citada disposición establece:

**“Artículo 1o. Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.**

(...)

*Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopec, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos”. (Se subraya).*

En consideración a la anterior competencia y a las cláusulas del contrato que señalan las obligaciones del contratista, el Reglamento censurado fue dictado por éste último (consorcio, sin personería jurídica) en desarrollo del objeto contractual (administración vía encargo fiduciario de los recursos del FOPEP), con el objeto de *“actualizar y establecer los procedimientos, trámites, requisitos y políticas para la asignación y utilización del código para descuentos autorizados en las nóminas liquidadas por el Consorcio FOPEP 2007 para los pensionados activos en la base*

---

<sup>31</sup> Aquí resulta oportuna la referencia a lo que consideró la Sección Tercera del Consejo de Estado el 19 de agosto de 2009, expediente 16.428, en la que se señaló: *“En efecto, la información a que se ha hecho referencia puede considerarse como válida para el asunto que ocupa la Sala, en cuanto ha sido obtenida de un medio judicial idóneo, en razón a las siguientes consideraciones: i) porque la normativa vigente permite considerar y consultar la información institucional publicada en mensajes de datos vía internet; ii) porque la información se halla almacenada en un mensaje de datos que se ha comunicado a través de la página WEB de la respectiva entidad; iii) porque la misma es lo suficientemente clara frente al estudio que se adelanta; iii) porque la publicación la realiza, de manera oficial, la propia entidad de carácter público a través de un mensaje de datos que se estima confiable, primero por la forma en que se ha generado -esto es desde la misma entidad-, segundo por la forma en que se ha archivado o comunicado el mensaje -a través de la página institucional-, y, tercero por la forma en que se conserva su contenido, toda vez que tratándose de una página institucional de una entidad pública la información incluida en la misma emana de la respectiva entidad y solo puede ser modificada directamente por ella, al tiempo que puede ser consultada por cualquier persona sin que su contenido sea alterado.”*

*de datos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, obteniendo con ello mejoras en la organización de los procedimientos, eficiencia y transparencia en el servicio que se brinda a los pensionados y terceros que tienen relación con el Consorcio FOPEP 2007, como administrador de los recursos del FONDO DE PENSIONES PUBLICAS DEL NIVEL NACIONAL” (Numeral 1.1. del reglamento).*

Se trata de un documento que, a juicio de esta Sala, **no tiene el carácter de acto administrativo** por las siguientes razones:

- i)* No constituye la expresión unilateral de la voluntad de la administración, pues fue elaborado por el contratista que, se reitera, es un consorcio sin personería jurídica, cuya capacidad se limita a contratar con las entidades del Estado. Desde el punto de vista orgánico, el consorcio no es una entidad pública, sino la asociación de varias personas, en este caso de 4 sociedades fiduciarias (Fiduciaria Bancolombia S.A., Fiduagraria S.A., Fiduprevisora S.A. y Fiducoldex), con el objeto de unir esfuerzos de distinta índole para desarrollar una actividad contractual. De otro lado, desde el punto de vista funcional o material, el objeto social de cada una de las sociedades integrantes del consorcio<sup>32</sup>, es el desarrollo de actividades de carácter privado, propias del derecho mercantil (no ejercen funciones administrativas).

Cabe precisar que, como ya se vio en precedencia, el ordenamiento jurídico prohíbe a las entidades públicas delegar a las sociedades fiduciarias el ejercicio de funciones administrativas<sup>33</sup>. Dicho Consorcio se encuentra limitado a desarrollar el objeto del contrato (objeto que se rige por normas de derecho privado) en los precisos términos del mismo y con sujeción a la Constitución, a la Ley y a las disposiciones de inferior jerarquía.

- ii)* El Reglamento cuestionado fue dictado por el particular contratista en desarrollo del contrato y, a juicio de esta Sala, para cumplir las cláusulas previstas en el mismo, particularmente la séptima (numerales 1.7. -literales c

---

<sup>32</sup> Certificados de existencia y representación legal visibles a folios 2 y siguientes del expediente.

<sup>33</sup> Circular jurídica Básica de la Superintendencia Financiera, título 5, capítulo 1, numeral 5.4. y Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 5. Así mismo en ese sentido se ha pronunciado la Superintendencia Financiera en varios conceptos.

y f-, y 3.6.) que le imponen como obligaciones, entre otras, las de implementar controles de nómina para verificar las novedades reportadas incluidos los descuentos de Ley, así como las medidas para asegurar el pago a terceros; y pagar la nómina de los pensionados previos los descuentos autorizados.

De esta manera, al ser el Reglamento un documento que regula un asunto que es de la esfera de la actividad contractual del Consorcio y está asociado al cumplimiento de algunas cláusulas del contrato, cuestionarlo se traduce, de algún modo, en alegar el incumplimiento censura que, en los términos del inciso 1 del artículo 87 del C.C.A., puede ser sometida a consideración del Juez Contencioso Administrativo **por cualquiera de las partes del contrato estatal**, a través de la acción de controversias contractuales.

No obstante, en el *sub-lite* la Sala advierte que la accionante no es parte del contrato de encargo fiduciario que en este caso celebró el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) con el Consorcio FOPEP; razón por la cual carecería de legitimación en la causa por activa para solicitar, a través de la acción de controversias contractuales, que se declare su incumplimiento, en los términos del ya citado artículo 87 del C.C.A<sup>34</sup>.

Por ende, la manera como el referido Consorcio asigna, renueva y maneja los códigos para los descuentos por nómina, es un aspecto que debe ser tratado en otras instancias, escapa de la competencia de esta Corporación y resulta ajeno a la naturaleza de la acción de simple nulidad.

Sin embargo, la Sala reitera que de considerarse ilegal la forma como el Consorcio asigna, renueva o maneja los códigos para los descuentos por nómina, le corresponde a la Superintendencia Financiera adoptar las medidas y/o las sanciones del caso, porque se trata de un asunto que hace parte de la actividad del encargo fiduciario, la cual está sometida, a la inspección, vigilancia y control de

---

<sup>34</sup> Es preciso aclarar que si lo que se cuestiona es la nulidad absoluta del contrato, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo, puede elevar su pretensión ante el Juez Contencioso en los términos del artículo 87, inciso 3 del C.C.A.



la mencionada entidad. Lo anterior, a más de la responsabilidad fiscal, penal y/o disciplinaria que se pueda derivar del mal proceder del contratista en ese aspecto.

De este modo, no puede esta Corporación asumir funciones que no le corresponden máxime cuando ya el Constituyente atribuyó al primer mandatario del Estado la inspección, vigilancia y control de la actividad financiera, autoridad que la ejerce a través de la Superintendencia mencionada.

Ahora bien, como quiera que la acción de simple nulidad recae sobre *“actos administrativos”*, y en este caso el Reglamento censurado no tiene tal carácter por las razones previamente expuestas; la Sala encuentra acreditada la excepción de *“inepta demanda por inexistencia de acto administrativo objeto de control jurisdiccional”* propuesta por el Ministerio del Trabajo y el Consorcio FOPEP, por lo que dictará un fallo inhibitorio.

No obstante, dada la importancia de la actividad que en este caso está encomendada al contratista, en tanto que administra recursos públicos destinados al pago de las pensiones, la Sala remitirá copia de esta providencia a la Superintendencia Financiera para lo de su competencia, en tanto que, como ya se precisó, es la entidad que ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades fiduciarias y de aquellas que administran recursos destinados al pago de las pensiones.

#### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

- 1. DECLÁRASE** probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por inexistencia de acto administrativo objeto de control jurisdiccional, propuesta por el Ministerio del Trabajo y el Consorcio FOPEP, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia,

**2. INHÍBESE** la Sala para emitir un pronunciamiento de fondo dentro del proceso de simple nulidad promovido por la señora Dariroslyn Bohórquez Garzón contra el *“Reglamento para la asignación, renovación y manejo de códigos para el descuento por nómina de los pensionados del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional. FOPEP”*.

**3.** Por Secretaría, **REMÍTASE** copia íntegra de esta sentencia a la Superintendencia Financiera de Colombia para lo de su competencia, en los términos expuestos en la parte motiva del presente fallo.

**Cópiese, notifíquese y publíquese en los anales del Consejo de Estado. Una vez ejecutoriada esta Sentencia archívense las diligencias. Cúmplase.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ      GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**