

FODESEP - Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del Fondo de Desarrollo de la Educación Superior – FODESEP es el de una entidad pública de economía mixta, clasificada dentro del grupo de “otras formas de administración pública cooperativa” denominadas a su vez por el artículo 2º del decreto ley 1482 de 1989, como “administraciones cooperativas”, descentralizada por servicios, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional. Hace parte, por tanto, de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza jurídica de las administraciones públicas cooperativas, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 809 de 6 de junio de 1996.

FUENTE FORMAL: LEY 30 DE 1992 - ARTICULO 89 / LEY 79 DE 1988 - ARTICULO 8 / LEY 79 DE 1988 - ARTICULO 130 / LEY 79 DE 1988 - ARTICULO 131 / DECRETO LEY 1482 DE 1989 - ARTICULO 2 / LEY 454 DE 1998 - ARTICULO 6 / DECRETO 2905 DE 1994 - ARTICULO 1 / DECRETO 2905 DE 1994 - ARTICULO 5

FODESEP - Funciones. No es una entidad financiera

En cuanto a las funciones específicas, el artículo 2º del decreto señaló que el FODESEP, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 30 de 1992, sobre planteamiento y promoción de financiamiento de proyectos para el beneficio de las instituciones de educación superior, debe realizar labores que se pueden clasificar en económicas, administrativas, y de asesoría y fomento. Dentro de los servicios de carácter económico, el FODESEP puede gestionar la consecución de recursos nacionales o internacionales, identificar las necesidades económicas de sus afiliados, fortalecer mediante la financiación o el aval ante entidades financieras, el desarrollo de proyectos encaminados a mejorar las condiciones de sus asociados, la infraestructura física, la renovación y adquisición de equipos y dotaciones, al desarrollo de programas de creatividad y bienestar universitario, y la adquisición en general de bienes tangibles e intangibles, así como de todo tipo de derechos y servicios destinados al uso común de las instituciones de educación superior. En cuanto a prestación de servicios administrativos, el Fondo puede efectuar la administración y manejo financiero de proyectos, crear mecanismos de participación de las instituciones de educación superior para compartir el desarrollo de programas y proyectos, el manejo de recursos, información, formación académica y demás actividades cuya realización enriquezca a las entidades de educación superior. También puede establecer convenios, contratos y acuerdos con entidades públicas, mixtas y privadas que manejen recursos o fondos, para labores o actividades relacionadas con la educación superior. En relación con las labores de asesoría y fomento, puede plantear, promover y asesorar programas y proyectos que contribuyan al desarrollo científico y académico de las instituciones de educación superior y al desarrollo de programas de creatividad y bienestar universitario, evaluar los programas y proyectos promovidos y financiados y prestar servicios de interventoría, al igual que apoyar y fomentar la integración local, departamental, regional y nacional de las instituciones de educación superior y el desarrollo de programas de cooperación entre ellas e instituciones de otros países. De acuerdo con lo anterior, es importante advertir que las actividades asignadas por la ley y los decretos reglamentarios al FODESEP no corresponden a lo que el artículo 99 de la ley 79 de 1988, modificado por el artículo 39 de la ley 454 de 1988, define como actividad financiera, dado que FODESEP no capta depósitos a la vista o a término, de

asociados ni de terceros para colocarlos a través de préstamos, aunque utiliza los aportes de los afiliados para cumplir con su objeto social. No es por tanto, entidad financiera.

FUENTE FORMAL: LEY 30 DE 1992 - ARTICULO 2 / LEY 454 DE 1998 - ARTICULO 39

FODESEP - Patrimonio / FODESEP - Composición

En cuanto al patrimonio del Fondo, que de conformidad con la ley se integra principalmente con los aportes que el Gobierno Nacional destine anualmente en el Presupuesto Nacional y con los aportes voluntarios de las instituciones de Educación Superior afiliadas, el Capítulo IV del decreto dispuso que el Gobierno Nacional aportaría las sumas que anualmente se asignaran en el presupuesto nacional, de las cuales durante los primeros tres años de inicio de las operaciones del Fondo, el 80% sería para aportes y el 20% restante para gastos de organización, promoción e instalación. De conformidad con el artículo 20 del Decreto 2905 de 1994, el patrimonio inicial del Fodeseop lo constituye la partida que para dicho Fondo se asignó en la Ley de Presupuesto para el año de 1994. De igual forma, se señaló que las instituciones afiliadas deben suscribir y pagar los aportes sociales individuales de conformidad con los estatutos, obligación que no debía asumir el Gobierno Nacional por el hecho de estar realizando los aportes de presupuesto. El Estado estaría representado por el Ministerio de Educación Nacional, el ICFES, y el ICETEX, sin ser consideradas afiliadas, pero con participación en los órganos de administración. El objetivo de su intervención es que contribuyan al desarrollo de la entidad para que ésta sea un instrumento de fomento de la educación superior. En cuanto a las entidades que pueden afiliarse al Fondo, se tienen las instituciones técnicas profesionales, las instituciones tecnológicas, las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y las universidades, como instituciones de educación superior señaladas por el artículo 16 de la Ley 30 de 1992, consagrando igualmente el principio del libre ingreso y retiro.

FUENTE FORMAL: LEY 30 DE 1992 - ARTICULO 90 DECRETO 2905 DE 1994 - ARTICULO 6

ADMINISTRACIONES COOPERATIVAS - Régimen contractual: evolución normativa / FODESEP - Aplicación del Estatuto General de Contratación Administrativa

El Decreto ley 1482 de 1989, señalaba que el régimen de contratación de las administraciones cooperativas sería similar al de las sociedades de economía mixta (...) El artículo transcrito reproducía lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, norma que se encontraba vigente, para la fecha en que se creó el FODESEP con la ley 30 de 1992. En efecto, en el artículo 1º de dicho Decreto ley se disponía que el régimen de contratación para las sociedades de economía mixta fuera el privado siempre y cuando los aportes sociales de las entidades públicas fueran inferiores al 90%. La ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, modificó el régimen para las sociedades de economía mixta, por lo que la remisión contenida en el artículo 43 del decreto ley 1482 de 1989, que determina el régimen contractual de las administraciones públicas cooperativas cambia en el mismo sentido, es decir, que están obligadas a aplicar el Estatuto de Contratación Pública cuando exista participación estatal superior al 50%. Posteriormente el artículo 66 de la ley 454 de 1998, por la cual se determinó el marco conceptual que regula la

economía solidaria, dispuso que los entes solidarios de carácter público así como aquellos cuyo patrimonio esté conformado parcialmente con recursos públicos, se sujetarían en la celebración de contratos, a los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad, moralidad, eficiencia y responsabilidad. Por último, con la expedición de la ley 1150 de 2007, la cual dispuso expresamente en el artículo 10º que los entes solidarios de carácter público están sometidos al Estatuto General de la Contratación Administrativa, se clarifica definitivamente el régimen contractual del FODESEP. (...) En consecuencia, a partir de la vigencia de la ley 1150 de 2007, el artículo 43 del decreto ley 1482 de 1989 debe considerarse derogado, por ser contraria a la nueva norma legal; razón por la cual, el FODESEP al ser una forma de administración pública cooperativa, esto es, un ente solidario de carácter público, está sometido al Estatuto General de la Contratación Administrativa, sin consideración al porcentaje de los aportes públicos.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1482 DE 1989 - ARTICULO 43 / LEY 454 DE 1998 - ARTICULO 66 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 10

FODESEP - Régimen tributario: no contribuyente

Las instituciones de educación superior no eran contribuyentes del impuesto sobre la renta, de conformidad con el texto original del Estatuto Tributario - Decreto 624 de 1989, ni actualmente lo son de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la ley 223 de 1995. En consecuencia, como los afiliados al FODESEP son instituciones de educación superior, no contribuyentes por mandato del artículo 23 del Decreto ley 1482, el Fondo debe gozar de esta misma prerrogativa. De otra parte, a igual conclusión se llega si se tiene en cuenta que la naturaleza del Fondo corresponde a la de una entidad pública del orden nacional, descentralizada por servicios, las cuales no son contribuyentes, salvo que la ley así lo señale. Dice el artículo 22 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 64 de la ley 223 de 1995.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1482 DE 1989 - ARTICULO 41 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 23 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 22 / LEY 223 DE 1995 - ARTICULO 65

FODESEP - Sus servidores son trabajadores oficiales / ENTIDADES VINCULADAS - Por regla general sus servidores son trabajadores oficiales

Si bien los estatutos del Fondo no señalaron la calidad que ostentan sus empleados, y habiendo concluido que el FODESEP es una entidad pública, se puede inferir que, como de conformidad con los estatutos, el Gerente General es vinculado por contrato, éste se debe regir por las normas que regulan las relaciones de carácter laboral contractual de derecho público. De igual forma, a pesar de que los estatutos mencionan como función del Gerente General la de “nombrar y remover al personal”, tal competencia no puede asimilarse a la de un nombramiento de “empleado público”, dada la naturaleza del Fondo, sino que debe entenderse también como una relación contractual de derecho público, esto es, que deben considerarse trabajadores oficiales. De otra parte, hay que recordar que de acuerdo con el artículo 5º del decreto 2905 de 1994, el FODESEP “como entidad de economía mixta creada para el fomento de la educación superior” está vinculado al Ministerio de Educación Nacional, circunstancia jurídica que conduce a la misma conclusión, dado que en las entidades vinculadas la regla general es que el personal ostenta la calidad de trabajador oficial.

FODESEP - Inspección y vigilancia interna y externa

El FODESEP tiene como entes de inspección, control y vigilancia interna a la Junta de Vigilancia y al Revisor Fiscal, y como ente externo a la Superintendencia de Economía Solidaria.

FUENTE FORMAL: LEY 454 DE 1998 - ARTICULO 34 / LEY 795 DE 2003 - ARTICULO 98 / DECRETO LEY 1482 DE 1989 - ARTICULO 39 / LEY 79 DE 1988 - ARTICULO 38 / LEY 79 DE 1988 - ARTICULO 39 / LEY 79 DE 1988 - ARTICULO 41 / LEY 79 DE 1988 - ARTICULO 42

FODESEP - Control fiscal: únicamente sobre el aporte estatal

La vigilancia fiscal al FODESEP se hará únicamente sobre el aporte estatal. Sin embargo, al realizar el control fiscal se hace necesario evaluar la gestión empresarial en su totalidad con el fin de verificar que el manejo de los recursos públicos involucrados se realice de conformidad con la ley.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el control fiscal de las administraciones públicas cooperativas, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 809 de 6 de junio de 1996.

FODESEP - Debe implementar sistema de gestión de calidad

La ley 872 de 2003, por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios, señala que el mencionado sistema se desarrollará y pondrá en funcionamiento por el sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del sector Público. (...) El FODESEP al ser parte del sector descentralizado del orden nacional está obligado a poner en funcionamiento el sistema de gestión de calidad.

FUENTE FORMAL: LEY 872 DE 2003 - ARTICULO 2

FODESEP - Procedimiento para su liquidación / FODESEP - Reintegro de aportes públicos sólo procede por liquidación del fondo / FODESEP - Destinación de remanentes de la liquidación

De conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 1482 de 1989, norma especial para las administraciones públicas cooperativas, y con el artículo 24 del decreto 2905 de 1994, mediante el cual se reglamenta el FODESEP, el procedimiento para la liquidación del Fondo será el dispuesto en la ley 79 de 1988, para las entidades del sector cooperativo. Esto, hasta tanto se expida la reglamentación especial ordenada al Gobierno Nacional, en el artículo 37 arriba mencionado. Por tanto, como el decreto ley 254 de 2000, respeta el régimen propio de liquidación de las entidades que tengan norma especial, ha de estarse a lo dispuesto en los decretos ley 1482 de 1989 y 2905 de 1994, que a su vez remiten a las normas de la ley 79 de 1989 para las entidades de economía solidaria. (...) Los estatutos del FODESEP señalan en el artículo 21 que los aportes del Estado sólo se reintegrarán en caso de liquidación del Fondo. No obstante, considera la Sala que será en el acto administrativo que ordene la liquidación, en el que defina el destino de tales recursos. (...) En cuanto a los remanentes, de conformidad con lo establecido en la Ley 79 de 1988, cuando se liquiden entidades del sector solidario, éstos deben ser transferidos a un Fondo para la investigación Cooperativa administrado por un organismo de tercer grado, en caso de que los estatutos no hayan previsto nada al respecto.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1482 DE 1989 - ARTICULO 37 / DECRETO 2905 DE 1994 - ARTICULO 24

FODESEP - No existe duplicidad de funciones con ICETEX / ICETEX - No cumple las mismas funciones que Fodeseop

Mediante la ley 1002 de 2005, se transformó el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, en una entidad financiera de naturaleza especial, dirigida al apoyo crediticio o subsidiado para el acceso a la educación superior priorizando la población de bajos recursos y aquella con méritos académicos en todos los estratos. No se indica que se incluya la financiación de proyectos de las instituciones de Educación Superior. Por lo anterior, no existe duplicidad de funciones entre el ICETEX y el FODESEP.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 187 de 26 de marzo de 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS

Bogotá D. C., once (11) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00058-00(1972)

Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Referencia: ESTRUCTURA DE LA RAMA EJECUTIVA. Naturaleza jurídica del Fondo de Desarrollo de la Educación Superior-FODESEP.

El señor Viceministro de Educación Superior encargado de las funciones del Despacho de la Ministro de Educación Nacional, doctor Gabriel Burgos Mantilla, formula a la Sala una consulta acerca de la naturaleza jurídica del Fondo de Desarrollo para la Educación Superior – FODESEP, de su régimen laboral, tributario y contractual, entre otros aspectos.

1. ANTECEDENTES

El señor Ministro manifiesta que la Ley 30 de 1992, mediante la cual se organizó el servicio público de la educación, creó el Fondo de Desarrollo para la Educación Superior – FODESEP, como una *“entidad de economía mixta”*, con el fin de promover el financiamiento de proyectos específicos de la educación superior, y de plantear y promover sus programas económicos, de conformidad con las *“disposiciones legales relativas a las instituciones de economía solidaria”*, cuyos ingresos se integran con partidas del presupuesto nacional y con los aportes voluntarios de las instituciones de educación superior afiliadas.

Señala que a partir de la misma ley surgen varios interrogantes sobre la naturaleza jurídica del Fondo pues la mixtura que se le da a la entidad dificulta su clasificación dentro de la organización del Estado y genera necesariamente dudas sobre el régimen jurídico *“aplicable a las actividades relacionadas con su objeto, tales como contratación, obligaciones tributarias, gestión de calidad, etc.”*

En concreto considera que las características asignadas por la ley al Fondo de Desarrollo para la Educación Superior - FODESEP, son contrapuestas, dado que los objetivos de las sociedades de economía mixta y las sociedades de economía solidaria y su manejo patrimonial son diferentes. Que además las funciones asignadas de promover el financiamiento y plantear programas para el beneficio de la educación superior, convierten al Fondo en una organización única dentro de la estructura estatal.

Sostiene que en cuanto a los ingresos, además de los recursos del presupuesto girados durante los años 1995 a 1998, se permite libremente la afiliación de instituciones de educación superior tanto públicas como privadas. Que necesariamente los aportes varían en la misma proporción según lo haga la frecuencia de los retiros y afiliaciones; circunstancia particular a tener en cuenta para determinar la naturaleza jurídica del Fondo.

Agrega que según el artículo 68 de la ley 489 de 1998, el FODESEP haría parte del sector descentralizado de la administración pública nacional, pero no encaja dentro de las entidades reguladas por la misma ley. Señala que es claro el FODESEP goza de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera.

En cuanto al tema contractual, la situación es contradictoria dado que como entidad de economía mixta y descentralizada, implica que deba aplicar el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, pero organizada bajo los principios de la economía solidaria debe regirse por el derecho privado.

En relación con las personas que laboran en el Fondo, hay que anotar que no existe disposición expresa sobre el régimen jurídico de personal aplicable, tema que es urgente definir.

Manifiesta que otro aspecto importante a determinar es el relacionado con las obligaciones y beneficios tributarios, puesto que la indefinición de su naturaleza jurídica no le permite ostentar de manera clara un régimen especial como consecuencia de su quehacer misional.

Plantea igualmente, que de conformidad con los artículos 209 y 269 de la Carta, la ley 87 de 1993 y el decreto 1599 de 2005, las entidades públicas están obligadas a diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control interno, exigencia que para el caso del FODESEP, no es muy clara dadas sus particulares características. Que otra cuestión a precisar es si la obligación de implementar el sistema de gestión de calidad en las entidades públicas de conformidad con la ley 872 de 2003 y el decreto No. 410 de 2004, la tiene el FODESEP.

En cuanto a la inspección, vigilancia y control, sostiene que si se toma en consideración que el Fondo está organizado bajo los principios de la economía solidaria, ha de estarse a lo establecido en la ley 79 de 1988, que establece en el artículo 38 una junta de vigilancia y una revisoría fiscal. Sin embargo, de conformidad con el artículo 34 de la ley 454 de 1998, el FODESEP podría ser vigilado por la Superintendencia de Economía Solidaria, aunque el objeto del Fondo y el de las cooperativas sea distinto. Por lo anterior, estima que la vigilancia

debería hacerse por parte de una superintendencia acorde con la naturaleza de sus actividades.

También señala, que es claro que el control fiscal lo debe realizar la Contraloría General de la República, pero explica que dicho control debería circunscribirse sólo a las actividades relacionadas con los aportes del Gobierno Nacional y a las instituciones de educación superior de naturaleza pública y no de manera indiscriminada, dado que puede resultar extralimitado puesto que también cuenta con aportes de particulares.

Finalmente concluye que la particular naturaleza del Fondo, *“los vacíos legales y reglamentarios, y la falta de claridad o precisión respecto de las normas que se le aplican, conlleva a que cada entidad estatal en su leal saber le aplique las que considera debe acatar abocándolo a un desgaste administrativo en menoscabo de su labor misional. Es así que a la fecha FODESEP solamente en cuanto a informes debe presentar más de un centenar.”*

2. INTERROGANTES

El Ministro presenta los siguientes interrogantes:

“1. ¿Cuáles deben ser los efectos administrativos, financieros y fiscales que se derivan de la organización establecida en la ley para el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP)?, estrictamente cuál es su naturaleza jurídica? (Régimen laboral, tributario, contractual)

2. ¿Qué tipo de actos y contratos que realice o celebre el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) deben regirse por las normas del derecho privado y cuáles están o pueden estar sujetas a las del derecho público?

3. ¿A qué régimen de inspección, vigilancia y control está sometido el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) y cuál es el órgano competente para ejercer sobre éste aquellas funciones? O son varios los organismos de control con competencia para ello? En su caso cuáles?

4. ¿Está sujeto el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) al control fiscal del Estado y en su caso cuál es el órgano competente para su ejercicio y cual el alcance de dicho control?

5. ¿Es de aplicación al Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) el Sistema de Control Interno exigido para las entidades del Estado y consecuentemente el Sistema de Gestión de Calidad?

6. En el evento de disolución y liquidación del Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP), ¿cuál debe ser el destino de los remanentes una vez honradas las obligaciones a su cargo?

7. En el evento de retiro de uno cualquiera de los afiliados, o de alguno de los miembros que haya participado con aportes, como la Nación, cuál debe ser el destino de los recursos por estos entregados al Fondo, en cumplimiento de los artículos 91 de la Ley 30 de 1992 y 20 del Decreto 2905 de 1994 y otros efectuados en vigencias fiscales posteriores.

8. Con la expedición de la Ley 1002 de 2005, que transformó al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX- en una entidad financiera de carácter especial, hay duplicidad organizacional con el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) por atender objetivos similares? O la hay respecto de otros organismos o Fondos en operación?

3. CONSIDERACIONES

3.1 Creación del FONDO DE DESARROLLO PARA LA EDUCACION SUPERIOR – FODESEP.

La Ley 30 de 1992 por la cual se organiza el servicio público de la educación superior, creó el Fondo de Desarrollo para la Educación Superior, con el fin de servir “*como entidad promotora de financiamiento para proyectos específicos de las instituciones de Educación Superior*”, y para “*plantear y promover programas y proyectos económicos en concordancia con el desarrollo académico para beneficio de las instituciones de Educación Superior*”. Dicen los artículos pertinentes:

“Artículo 89. Créase el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (Fodesep), con domicilio en la capital de la República como una **entidad de economía mixta organizada bajo los principios de la economía solidaria**. En el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (Fodesep) **podrán participar todas aquellas instituciones de Educación Superior tanto privadas como estatales u oficiales**, que así lo deseen.

El Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (Fodesep), tendrá las siguientes funciones:

1. Servir **como entidad promotora de financiamiento** para proyectos específicos de las instituciones de Educación Superior.
2. **Plantear y promover programas y proyectos económicos en concordancia con el desarrollo académico** para beneficio de las instituciones de Educación Superior.
3. Las demás que le sean asignadas por la ley.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de este fondo, de conformidad con las disposiciones legales relativas a las instituciones de economía solidaria.

Artículo 90. El Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (Fodesep), se conformará con las instituciones de Educación Superior que voluntariamente deseen participar en él.

Los ingresos de este fondo se integrarán como sigue:

1. Con **aportes que el Gobierno Nacional** destine anualmente en el Presupuesto Nacional.
2. Con **los aportes voluntarios de las instituciones de Educación Superior afiliadas al Fondo.**” (Negrillas de la Sala)

Se destaca de los artículos transcritos que el legislador al crear el Fondo lo concibió como una entidad con aportes de capital público y privado, de ahí su carácter mixto, sin que pueda asimilarse a “sociedad de economía mixta”, dado que la ley 30 de 1992 hizo una remisión a las normas vigentes sobre las instituciones de economía solidaria reguladas por la ley 79 de 1988. Lo expuesto indica que la intención fue crear una entidad de las señaladas en el Capítulo IV de la Ley 79, como “*otras formas asociativas*”.

En efecto, la ley 79 de 1988 regula la actividad cooperativa y señala en el artículo 8º los sujetos a quienes se aplica dicha ley. En ella incluye las formas asociativas previstas en el artículo 130, en los siguientes términos:

Artículo 8º. *Serán sujetos de la presente Ley las personas naturales o jurídicas que participen en la realización del objeto social de las cooperativas, las cooperativas, los organismos cooperativos de segundo y tercer grado, las instituciones auxiliares del cooperativismo, las precooperativas, en lo pertinente las formas asociativas previstas en el artículo 130 de la presente Ley y de manera subsidiaria las entidades de que trata el artículo 131 de esta Ley. (Negrillas de la Sala)*

Los artículos 130 y 131 de la ley 79 de 1988¹ a que se refiere el artículo anterior, definen como “*otras formas asociativas*” a las “*empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas*” establecidas por la Nación, los departamentos y municipios, mediante leyes, ordenanzas y acuerdos, y dispusieron que hasta tanto el Gobierno Nacional expida la reglamentación correspondiente le serán aplicables, en subsidio de la ley y las normas estatutarias, las disposiciones de la ley 79.

Para la ley, las administraciones cooperativas son públicas, constituidas con un mínimo de cinco entidades y provenir de la iniciativa del legislador, de los diputados y concejales; su creación no ocurre por iniciativa privada o particular, ella debe partir del Estado.

A su vez, la referida ley confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para que definiera mediante Decreto Ley, la naturaleza, objeto,

¹ “**CAPITULO IV**

De otras formas asociativas.

Artículo 130. Las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, establecidas por la Nación, los departamentos, intendencias y comisarías y los municipios o distritos municipales, mediante leyes, ordenanzas o acuerdos, serán consideradas como formas asociativas para los efectos de este título y podrán constituirse con un mínimo de cinco entidades.

Artículo 131. A los fondos de empleados, asociaciones mutualistas, denominadas sociedades mutuarías por la Ley 24 de 1981, y a las entidades de que trata el artículo anterior, les serán aplicables, en subsidio de disposiciones legales y normas estatutarias, las disposiciones de la presente Ley mientras el Gobierno expide los estatutos correspondientes.

De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para expedir las normas reguladoras de las entidades previstas en este artículo, en concordancia con las siguientes materias: Naturaleza jurídica de estas entidades y sus características básicas; constitución de las respectivas formas asociativas; requisitos y trámites para el reconocimiento de personerías jurídicas; contenido básico de los correspondientes estatutos sociales; calidad de asociados, adquisición y pérdida de tal calidad, sus derechos y deberes; el régimen económico y financiero de estas entidades; reglas especiales sobre servicios; órganos de representación, dirección, administración y control; fusión, incorporación y transformación; integración; normas de funcionamiento; medidas de promoción, fomento y estímulo para las referidas entidades; causales de disolución y procedimientos de liquidación; regímenes de responsabilidades y sanciones para los asociados, directivos y administradores.” (Subrayas fuera de texto)

funciones, servicios, características, reglas especiales, entre otros aspectos, de “*las formas de administraciones públicas cooperativas.*”

El Gobierno Nacional, haciendo uso de las facultades conferidas por el inciso segundo del artículo 131 mencionado expidió el Decreto Ley 1482 de 1989, “*por el cual se determinan la naturaleza, características, constitución, regímenes interno, de responsabilidad y sanciones y se dictan medidas para el fomento de las empresas de **servicios en las formas de Administraciones Públicas Cooperativas***”. Este decreto señaló en relación con su objeto, lo siguiente:

“Artículo 1 □ **OBJETO DEL DECRETO.** *El objeto del presente Decreto es dotar a las **empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas** de un marco jurídico que permita su desarrollo, favorecer la prestación de servicios a la comunidad e impulsar su organización bajo la modalidad cooperativa, y garantizar el apoyo del Estado a aquéllas.*” (Negrillas fuera de texto)

A su vez, definió la naturaleza y características de las “*formas de administraciones públicas cooperativas*”, las denominó “*administraciones cooperativas*”, y las consideró como una de las formas asociativas del sector cooperativo. Dice en el artículo segundo:

“Artículo 2º. **NATURALEZA Y CARACTERISTICAS.** *Las empresas de servicios en las **formas de administraciones públicas cooperativas**, que se **denominarán administraciones cooperativas**, se **considerarán como formas asociativas componentes del sector cooperativo** y tendrán las siguientes características:*

1. Serán **de iniciativa de la Nación**, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios o distritos municipales, **mediante leyes**, ordenanzas o acuerdos.
2. Disfrutarán de **autonomía administrativa, económica y financiera compatible con su naturaleza de entidades del sector cooperativo.**
3. Funcionarán de conformidad con el principio de **la participación democrática.**
4. Tendrán por objeto **prestar servicios a sus asociados.**
5. Establecerán **la irrepartibilidad de las reservas sociales** y, en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.
6. Destinarán sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social y al crecimiento de sus reservas y fondos, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.
7. **Adoptarán el principio de libre ingreso y retiro de sus asociados, cuyo número será variable e ilimitado pero en ningún caso inferior a cinco.**
8. Se constituirán **con duración indefinida.**

De acuerdo con el artículo 3º del Decreto Ley 1482 de 1989, una vez se tome la decisión de crear una administración pública cooperativa, mediante ley, ordenanza o acuerdo, ésta se constituirá por documento privado. De igual forma dispone que su personería jurídica sea reconocida por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, hoy DANSOCIAL.²

² El Fondo de Desarrollo para la Educación Superior - FODESEP goza de personería jurídica reconocida por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas –DANCOOP, hoy Departamento Administrativo de la Economía Solidaria, DANSOCIAL, mediante la resolución No. 0074 del 15 de enero de 1996.

El mencionado Decreto Ley, señaló igualmente que podrán asociarse a las administraciones cooperativas tanto entidades del sector público como del privado, donde la afiliación estará condicionada a la compatibilidad de los objetivos de las administraciones cooperativas, con los objetivos o finalidades de las entidades que pretenden su vinculación.

“Artículo 8. VINCULO DE ASOCIACION. Podrán ser asociados de las administraciones cooperativas:

1. La Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los municipios o distritos municipales y el Distrito Especial de Bogotá.

2. Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado de orden nacional, departamental y municipal, que reciban autorización para el efecto.

3. Las personas jurídicas de carácter privado sin ánimo de lucro y las demás formas asociativas que participando de esta última característica sean admitidas estatutariamente.

Parágrafo. La asociación a las administraciones cooperativas estará condicionada a la compatibilidad de los objetivos de éstas con los objetivos o finalidades de las entidades que pretenden su vinculación.” (Subrayas fuera de texto)

De la normatividad analizada se infiere que la naturaleza jurídica del Fondo de Desarrollo para la Educación Superior – FODESEP, corresponde a una de las “formas de administración pública cooperativa” denominada por la ley “administración cooperativa”, **entidad pública** componente a su vez del sector cooperativo, a la cual pueden asociarse, como ya se dijo, instituciones de educación superior del orden nacional y del territorial, tanto públicas como privadas.

La Sala se pronunció en este mismo sentido, en el concepto No. 809 del 6 de junio de 1996,³ al afirmar que las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas son entidades de naturaleza pública independientemente del régimen especial de funcionamiento integrado por normas de de derecho público y de derecho privado, a las que se les aplica en lo pertinente las normas que rigen el sector de la economía solidaria. En el concepto mencionado se sostuvo lo siguiente:

³ La Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia del 24 de agosto de 2005, Radicación No. 11001-03-28-000-2004-00010-01(3229-3230)A, declaró la nulidad del acto de elección del Gobernador del Departamento de Córdoba, para el período constitucional 2004-2007. Tal decisión se tomó con fundamento en el análisis sobre la naturaleza jurídica de las administraciones públicas cooperativas, en el que determinó que éstas son entidades públicas; razón por la cual, concluyó que quedaba probada la inhabilidad propuesta en la demanda pues el demandado había realizado un contrato con una administración pública cooperativa durante el año inmediatamente anterior a su elección.

Sin embargo, con posterioridad, la Corte Constitucional mediante la sentencia de tutela No. T-284 de 2006, dejó sin efectos la sentencia reseñada y ordenó a título de restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados, a ser reintegrado al cargo de Gobernador del Departamento de Córdoba, a fin de culminar su período constitucional, sin perjuicio de que se haya o no adelantado en un nuevo proceso electoral para elegir gobernador. Esta decisión la tomó la Sala de Revisión, con fundamento en que para ella, las administraciones públicas cooperativas son de naturaleza privada. Esta sentencia se dictó con un salvamento de voto.

“La Ley 79 de 1988, en el Título II sobre el Sector Cooperativo, al describir en el capítulo IV otras formas asociativas, dispone:

“Artículo 130. Las empresas de servicios en las **formas de administraciones públicas cooperativas**, establecidas por la Nación, los departamentos (intendencias y comisarías) y los municipios o distritos municipales, mediante leyes, ordenanzas o acuerdos, serán consideradas como formas asociativas para los efectos de este título y podrán constituirse con un mínimo de cinco entidades.”

Posteriormente el Gobierno Nacional, en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 131 de la mencionada ley, expidió el Decreto - ley 1482 de 1989, que regula, entre otras entidades, a las empresas de servicios bajo la forma de administraciones públicas cooperativas. Este decreto, entre otras cosas ordena: que serán de iniciativa de la Nación, los departamentos, los distritos y municipios mediante leyes, ordenanzas o acuerdos; que tendrán personería jurídica que les reconocerá el Departamento Administrativo de Cooperativas, DANCOOP; que el pago de los aportes y demás contribuciones económicas por parte de las entidades públicas que las establezcan, estará supeditado a las apropiaciones presupuestales que para tal fin deben efectuar las entidades asociadas sujetas a tal requisito.

Lo anterior indica el origen presupuestal de los recursos utilizados para cumplir con los aportes ordinarios o extraordinarios de las entidades asociadas y con los cuales se forma el patrimonio de las administraciones públicas cooperativas.

De tal manera que no ofrece duda alguna la naturaleza pública de tales recursos (art. 25 Decreto 1482 / 89) y su afectación a la prestación de servicios públicos (art. 1º ibídem), independientemente del régimen especial de funcionamiento, integrado por elementos de derecho público y de derecho privado, al que están sujetas dichas entidades.

Por consiguiente, son entidades públicas creadas por la Nación o las entidades territoriales, a las que por su naturaleza cooperativa se les aplica la legislación cooperativa, en lo que fuere pertinente (art. 8º Ley 79 de 1988), y por lo mismo están sujetas a la inspección y vigilancia del DANCOOP (arts. 39 y 40 del Decreto 1482 de 1989). Dicha naturaleza especial de cooperativas es compatible con el carácter público de los aportes que conforman su patrimonio, circunstancia en la cual se fundamenta el ejercicio de las funciones de control fiscal por parte de la Contraloría.

Esta especie de propiedad cooperativa tiene, desde la Constitución Política de 1991, especial tratamiento por parte del Estado, ya que a este le corresponde proteger y promover las formas asociativas y solidarias de propiedad (art. 58), así como fortalecer las organizaciones solidarias (art. 333).”⁴

Ahora bien, la Ley 454 de 1998 “por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de

⁴ Con posterioridad la Sala reiteró esta posición en el concepto No. 849 del 26 de julio de 1996.

*naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones”, en el artículo 67, además de modificar en lo pertinente el Decreto 2150 de 1995 y derogar las disposiciones que le resulten contrarias, en particular el artículo 17 del Decreto 1688 de 1997 y el Decreto 619 de 1998, señaló que **la Ley 79 de 1988 continua vigente en lo que no le resulte contrario.***

Revisada la ley 454 de 1998, en lo respecta a las “*administraciones públicas cooperativas*”, se advierte que el parágrafo del artículo 6º las siguió incluyendo como organizaciones solidarias, tal como venía haciendo la ley 79 de 1988, razón por la cual se evidencia que esta forma de asociación no fue modificada. Adicionalmente, no existe contradicción entre las leyes mencionadas que permita inferir lo contrario. Dice el artículo 6º:

“Artículo 6º. Características de las organizaciones de Economía Solidaria. *Son sujetos de la presente ley las personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general, observando en su funcionamiento las siguientes características: (...)*

Parágrafo 2º. Tienen el carácter de organizaciones solidarias entre otras: *cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, **las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas**, las empresas asociativas de trabajo y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el presente capítulo.*

De otra parte, con la expedición de la ley 489 de 1998, por la cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se definió en el artículo 38,⁵ la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Allí se incluyó como parte de su estructura a “*las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*”

Adicionalmente, el artículo 68⁶ de la ley 489, definió como entidades descentralizadas a “*las demás entidades creadas por la ley o con su autorización,*

⁵ **“Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.** *La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.
(...)” (Negrillas de la Sala)

⁶ **“CAPITULO XIII**

cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.”

Nótese que las normas señalan como parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector descentralizado por servicios, a las entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree u organice la ley para ejercer funciones administrativas y para la prestación de servicios públicos, tal como fue creado el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior – FODESEP, por tanto, este Fondo pertenece a dicha rama, y además se encuentra vinculado al Ministerio de Educación como se verá enseguida.

3.2. El Decreto 2905 de 1994, reglamentario de la Ley 30 de 1992.

Mediante el Decreto 2905 del 31 de diciembre de 1994, Gobierno Nacional reglamentó el FODESEP, *“con el fin de definir su conformación, garantizar su desarrollo y el ejercicio pleno de sus actividades, así como establecer su vinculación con el Sector Central del Estado, y la inspección y vigilancia gubernamental a la que está sujeto.”*

El decreto define la naturaleza jurídica del Fondo, como una entidad de economía mixta del sector solidario, le otorga competencia al Departamento Administrativo de Nacional de Cooperativas – DANCOOP, hoy Departamento Administrativo Nacional de Economía Solidaria – DANSOCIAL, para registrar la personería jurídica, para ejercer la inspección y vigilancia, y además, lo vincula al Ministerio de Educación Nacional. Dicen los artículos 1, 4 y 5:

“Artículo 1°. Naturaleza jurídica del Fodeseop. De conformidad con el artículo 89 de la Ley 30 de 1992, **el Fodeseop es una entidad de economía mixta regida por los principios y las disposiciones legales relativas a las instituciones de economía solidaria, por el presente Decreto y por el acuerdo de voluntades contenido en el Estatuto que adopten los representantes del Estado y las instituciones de educación superior que se afilien voluntariamente.** El FODESEC tendrá domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, Distrito Capital.”

“Artículo 4°. Registro de la personería jurídica, inspección y vigilancia. En virtud de que el Fodeseop fue creado por la Ley 30 de 1992, bajo los principios de la economía solidaria, **el registro de su personería jurídica, la autorización de su funcionamiento, la certificación de existencia y representación legal, así como su inspección y vigilancia, le corresponderán**

Entidades descentralizadas

Artículo 68. Entidades descentralizadas. **Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.** Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. (...) (Negritas fuera de texto)

*al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, **Dancoop**⁷, sin perjuicio del control fiscal que ejercerá la Contraloría General de la República sobre los recursos de la Nación invertidos en el Fodeseq.”*

“Artículo 5. Vinculación del Fodeseq a la administración central. El FODESEP como entidad de economía mixta creada para el fomento y desarrollo de la educación superior estará vinculado al Ministerio de Educación Nacional.” (Negrillas de la Sala)

En cuanto a las funciones específicas, el artículo 2º del decreto señaló que el FODESEP, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 30 de 1992, sobre planteamiento y promoción de financiamiento de proyectos para el beneficio de las instituciones de educación superior, debe realizar labores que se pueden clasificar en económicas, administrativas, y de asesoría y fomento.

Dentro de los servicios de carácter económico, el FODESEP puede gestionar la consecución de recursos nacionales o internacionales, identificar las necesidades económicas de sus afiliados, fortalecer mediante la financiación o el aval ante entidades financieras, el desarrollo de proyectos encaminados a mejorar las condiciones de sus asociados, la infraestructura física, la renovación y adquisición de equipos y dotaciones, al desarrollo de programas de creatividad y bienestar universitario, y la adquisición en general de bienes tangibles e intangibles, así como de todo tipo de derechos y servicios destinados al uso común de las instituciones de educación superior.

En cuanto a prestación de servicios administrativos, el Fondo puede efectuar la administración y manejo financiero de proyectos, crear mecanismos de participación de las instituciones de educación superior para compartir el desarrollo de programas y proyectos, el manejo de recursos, información, formación académica y demás actividades cuya realización enriquezca a las entidades de educación superior. También puede establecer convenios, contratos y acuerdos con entidades públicas, mixtas y privadas que manejen recursos o fondos, para labores o actividades relacionadas con la educación superior.

En relación con las labores de asesoría y fomento, puede plantear, promover y asesorar programas y proyectos que contribuyan al desarrollo científico y académico de las instituciones de educación superior y al desarrollo de programas de creatividad y bienestar universitario, evaluar los programas y proyectos promovidos y financiados y prestar servicios de interventoría, al igual que apoyar y fomentar la integración local, departamental, regional y nacional de las instituciones de educación superior y el desarrollo de programas de cooperación entre ellas e instituciones de otros países.

De acuerdo con lo anterior, es importante advertir que las actividades asignadas por la ley y los decretos reglamentarios al FODESEP no corresponden a lo que el artículo 99 de la ley 79 de 1988, modificado por el artículo 39 de la ley 454 de 1988, define como actividad financiera, dado que FODESEP no capta depósitos a la vista o a término, de asociados ni de terceros para colocarlos a través de préstamos, aunque utiliza los aportes de los afiliados para cumplir con su objeto social. No es por tanto, entidad financiera. Dispone el artículo en mención, lo siguiente:

⁷ Hoy Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria - DANCOSIAL por disposición de la Ley 454 de 1998.

*“Artículo 39. **Actividad financiera y aseguradora.** (...)”*

*Para efectos de la presente ley se entenderá como actividad financiera la **captación de depósitos, a la vista o a término de asociados o de terceros para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito y, en general, el aprovechamiento o inversión de los recursos captados de los asociados o de terceros.** (...)”* (Negrillas fuera de texto)

En cuanto al patrimonio del Fondo, que de conformidad con la ley se integra principalmente con los aportes que el Gobierno Nacional destine anualmente en el Presupuesto Nacional y con los aportes voluntarios de las instituciones de Educación Superior afiliadas, el Capítulo IV⁸ del decreto dispuso que el Gobierno Nacional aportaría las sumas que anualmente se asignaran en el presupuesto nacional, de las cuales durante los primeros tres años de inicio de las operaciones del Fondo, el 80% sería para aportes y el 20% restante para gastos de organización, promoción e instalación.

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 2905 de 1994, el patrimonio inicial del Fodeseop lo constituye la partida que para dicho Fondo se asignó en la Ley de Presupuesto para el año de 1994.

De igual forma, se señaló que las instituciones afiliadas deben suscribir y pagar los aportes sociales individuales de conformidad con los estatutos, obligación que no debía asumir el Gobierno Nacional por el hecho de estar realizando los aportes de presupuesto.

A su vez estableció en el artículo 6^o ⁹ la forma en que el Estado y las entidades afiliadas harían parte del FODESEP. El Estado estaría representado por el

⁸ **“CAPITULO IV**

Del régimen económico

Artículo 17°. Aportes del Gobierno Nacional al Fodeseop. De conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Ley 30 de 1992, el Gobierno Nacional aportará al patrimonio del Fodeseop **las sumas que anualmente le asigne en el Presupuesto Nacional.**

Parágrafo. Durante los primeros tres años de inicio de operaciones del Fodeseop, de los recursos del presupuesto nacional asignados se destinara un ochenta por ciento para hacer aportes a dicho fondo, y el restante veinte por ciento para gastos de organización, promoción e instalación del mismo.

Artículo 18° Aporte de entidades afiliadas. De conformidad con las disposiciones legales para las entidades de economía solidaria, **las instituciones de educación superior que se vinculen como afiliadas al Fodeseop deberán suscribir y pagar los aportes sociales individuales, bien sean ordinarios o extraordinarios, conforme lo establezca el Estatuto.** Dichas disposiciones estatutarias sólo regirán para las entidades afiliadas y tales obligaciones no serán aplicables al Estado por estar éste realizando sus aportes anuales al patrimonio del Fondo.

Artículo 19°. Sujeción al régimen económico de los organismos cooperativos. El Fodeseop se sujetará en lo relativo a la constitución de su patrimonio, a la regulación de los elementos patrimoniales, al cierre del ejercicio económico y a la aplicación de los excedentes, a lo establecido por la Ley 79 de 1988, en su Capítulo V, Título I. Como elemento patrimonial adicional del Fodeseop y en cuenta diferente a la de aportes sociales, registrará los aportes que el Gobierno Nacional le destine anualmente en el Presupuesto Nacional.” (Negrillas fuera de texto)

⁹ **“Artículo 6°. Participación del Estado en Fodeseop.** El Ministerio de Educación Nacional, el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Icfes, y el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, constituyen la representación del Estado en el Fodeseop y el objeto de su participación será el de contribuir con el desarrollo de la entidad para que ésta sea un instrumento de fomento de la educación superior.

Ministerio de Educación Nacional, el ICFES, y el ICETEX, sin ser consideradas afiliadas, pero con participación en los órganos de administración. El objetivo de su intervención es que contribuyan al desarrollo de la entidad para que ésta sea un instrumento de fomento de la educación superior. En cuanto a las entidades que pueden afiliarse al Fondo, se tienen las instituciones técnicas profesionales, las instituciones tecnológicas, las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y las universidades, como instituciones de educación superior señaladas por el artículo 16 de la Ley 30 de 1992, consagrando igualmente el principio del libre ingreso y retiro.

Dispuso en el artículo 23¹⁰ que los estatutos se elaborarían, además de lo dispuesto en este decreto, con fundamento en el artículo 19 de la ley 79 de 1998 y con sujeción a las disposiciones de la ley 30 de 1992.

Finalmente, en cuanto a lo no regulado por la normatividad especial, indicó lo siguiente:

“Artículo 25°. Normas supletorias. Los vacíos de regulación del Fodeseq no contemplados en la Ley 30 de 1992, en el presente Decreto, en las disposiciones legales vigentes para entidades de economía solidaria y en los estatutos y reglamentos internos elaborados de conformidad con todas las anteriores disposiciones, se resolverán aplicando los principios y la doctrina cooperativa generalmente aceptada y en último término, se recurrirá a las disposiciones sobre sociedades de economía mixta, sin que en esta última aplicación supletoria afecte la naturaleza no lucrativa y democrática de Fodeseq.” (Negrillas de la Sala)

Se destaca que de manera residual el artículo permite que lo no regulado en la ley, en el decreto reglamentario, en las disposiciones sobre las entidades de economía solidaria, en los estatutos y en los reglamentos internos, se resuelva aplicando los principios y la doctrina cooperativa, recurriendo en última instancia, a las disposiciones sobre sociedades de economía mixta.

3.4. Los Estatutos

En consecuencia, tales entidades públicas no serán consideradas como instituciones afiliadas, pero participarán en los órganos de administración atendiendo al carácter de entidad de economía mixta del Fondo.”

“Artículo 7°. Entidades afiliadas. Las instituciones técnicas profesionales, las instituciones tecnológicas las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y las universidades, como instituciones de educación superior consagradas por el artículo 16 de la Ley 30 de 1992 y en concordancia con lo establecido en el artículo 89 de la citada disposición legal y la Ley 115 de 1993 y lo estipulado en el artículo 213 de la misma, podrán participar y vincularse como afiliadas al Fodeseq, dentro del principio del libre y voluntario ingreso y retiro, consagrado para todas las entidades de economía solidaria. El número de entidades afiliadas al Fodeseq será variable e ilimitado.” (Negrillas de la Sala)

¹⁰ ***“Artículo 23. Disposiciones estatutarias. El Estatuto del Fodeseq se elaborará conforme a los contenidos indicados en el artículo 19 de la Ley 79 de 1988, sujetándose a las disposiciones de la Ley 30 de 1992, del presente Decreto y de las disposiciones legales vigentes relativas a las instituciones de economía solidaria.***

Ninguna reforma de Estatuto podrá modificar lo consagrado por la Ley 30 de 1992 y el presente Decreto, mientras éstos no sean derogados o sustituidos.” (Negrillas de la Sala)

Los Estatutos del FODESEP fueron adoptados el 14 de septiembre de 1995 y han sido modificados por la Asamblea General en reuniones celebradas el 2 de mayo de 1996, el 27 de marzo de 2003; el 30 de marzo de 2004 y el 29 de marzo de 2006. Allí se integran los contenidos de la ley 30 de 1992 y el Decreto 2905 de 1994, sobre la naturaleza jurídica del Fondo, sus objetivos, actividades y servicios, y la participación del Estado y de las entidades afiliadas.

En relación con el régimen económico, recogió lo dispuesto por la ley 30 de 1992, la ley 79 de 1988, la ley 454 de 1998, el decreto 1482 de 1989 y el decreto 2905 de 1994, ya mencionados. A manera de ejemplo, dispuso entre otras cosas, en el artículo 19, que el patrimonio del FODESEP está constituido por *“los aportes del Estado, los aportes sociales que hagan las entidades afiliadas, los aportes amortizados, los fondos y reservas de carácter permanente, las donaciones o auxilios que se reciban con destino al incremento patrimonial y los demás elementos que las disposiciones legales establezcan como componentes del patrimonio”*, y que la revalorización del patrimonio no podrá distribuirse pero que por decisión de la Asamblea General podrá capitalizarse. Con respecto a los aportes del Estado, dispuso que tienen por objeto el desarrollo de las actividades del FODESEP, que figurarán en una cuenta patrimonial independiente y estarán sujetos a los riesgos de su operación y sólo le serán reintegrados al Estado en caso de liquidación.

También se definen en los Estatutos como órganos de dirección y administración, la Asamblea General, el Consejo de Administración y el Gerente General, tal como lo señala la Ley 79 de 1988 para las entidades del sector solidario.

En síntesis, según las normas estudiadas, en particular la ley 79 de 1988 y la 30 de 1992, la naturaleza jurídica del Fondo de Desarrollo de la Educación Superior – FODESEP es el de una entidad pública de economía mixta, clasificada dentro del grupo de *“otras formas de administración pública cooperativa”* denominadas a su vez por el artículo 2º del decreto ley 1482 de 1989, como *“administraciones cooperativas, descentralizada por servicios, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional. Hace parte, por tanto, de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*

4. Régimen contractual.

El Decreto ley 1482 de 1989, señalaba que el régimen de contratación de las administraciones cooperativas sería similar al de las sociedades de economía mixta, en los siguientes términos:

“Artículo 43. CONTRATACION. Los contratos de las administraciones cooperativas tendrán un tratamiento similar al establecido para los contratos de las sociedades de economía mixta, teniendo en cuenta el monto de los aportes sociales individuales provenientes de las entidades públicas asociadas a la misma. Cuando en la administración cooperativa estos aportes conformen el noventa por ciento (90%) o más de la totalidad de los aportes sociales, los contratos se someterán a las reglas previstas para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado de acuerdo con las normas legales vigentes.

Los contratos de las administraciones cooperativas en que el total de los aportes sociales de las entidades públicas asociadas sea inferior al

noventa por ciento (90%) mencionado se someterán a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagre la ley”.

El artículo transcrito reproducía lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, norma que se encontraba vigente, para la fecha en que se creó el FODESEP con la ley 30 de 1992. En efecto, en el artículo 1º de dicho Decreto ley se disponía que el régimen de contratación para las sociedades de economía mixta fuera el privado siempre y cuando los aportes sociales de las entidades públicas fueran inferiores al 90%.¹¹

La ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, modificó el régimen para las sociedades de economía mixta, por lo que la remisión contenida en el artículo 43 del decreto ley 1482 de 1989, que determina el régimen contractual de las administraciones públicas cooperativas cambia en el mismo sentido, es decir, que están obligadas a aplicar el Estatuto de Contratación Pública cuando exista participación estatal superior al 50%.¹²

Posteriormente el artículo 66 de la ley 454 de 1998, por la cual se determinó el marco conceptual que regula la economía solidaria, dispuso que los entes solidarios de carácter público así como aquellos cuyo patrimonio esté conformado parcialmente con recursos públicos, se sujetarían en la celebración de contratos, a los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad, moralidad, eficiencia y responsabilidad.¹³

¹¹ **“ARTICULO 1o. DE LAS ENTIDADES A LAS CUALES SE APLICA ESTE ESTATUTO.** Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.

Así mismo, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas.

A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a **las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas, entidades.**

Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también a los Departamentos y Municipios.” (Negrillas de la Sala)

¹² Ley 80 de 1983: “Artículo 2º. - DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”

El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-629 de 2003.

¹³ Ley 454 de 1988 “por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones.”:

“Artículo 66. De la contratación. En concordancia con lo dispuesto en el capítulo Segundo del Título V y del Capítulo 5 del Título VII de la Constitución Política, los entes solidarios de carácter público así como aquellos cuyo patrimonio esté conformado parcialmente con recursos públicos, **se**

Por último, con la expedición de la ley 1150 de 2007, la cual dispuso expresamente en el artículo 10º que los entes solidarios de carácter público están sometidos al Estatuto General de la Contratación Administrativa, se clarifica definitivamente el régimen contractual del FODESEP. Señala la norma:

“ARTICULO 10. TRATAMIENTO PARA LAS COOPERATIVAS Y ASOCIACIONES DE ENTIDADES TERRITORIALES. *Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares.”* (Subrayas fuera de texto)

En consecuencia, a partir de la vigencia de la ley 1150 de 2007, el artículo 43 del decreto ley 1482 de 1989 debe considerarse derogado, por ser contraria a la nueva norma legal; razón por la cual, el FODESEP al ser una forma de administración pública cooperativa, esto es, un ente solidario de carácter público, está sometido al Estatuto General de la Contratación Administrativa, sin consideración al porcentaje de los aportes públicos.

5. Régimen tributario.

Señala el decreto ley 1482 del 7 de julio de 1989, que las administraciones cooperativas serán beneficiarias de las exenciones establecidas y que se establezcan a favor de las instituciones que lo constituyen. Dice el artículo 41:

“Artículo 41. PROMOCION Y FOMENTO DE LAS ADMINISTRACIONES COOPERATIVAS. *Las administraciones cooperativas, como entidades de interés común e integrantes del sector cooperativo, serán beneficiarias de las medidas de promoción y fomento, de los privilegios, **prerrogativas y exenciones establecidas y que se establezcan a favor de las instituciones que lo constituyen.**”* (Negrillas de la Sala)

El Estatuto Tributario, Decreto Ley 624 del 30 de marzo de 1989, contemplaba en el artículo 23, las entidades que a esta fecha –año 1989-, no se consideraban contribuyentes. Decía el texto original del mencionado Estatuto:

“ARTICULO 23. OTRAS ENTIDADES QUE NO SON CONTRIBUYENTES. *No son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios:*

*a) Las siguientes entidades sin ánimo de lucro: los sindicatos, **instituciones de educación superior aprobadas por el Instituto Colombiano para el***

***sujetarán en la celebración de contratos, a los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad, moralidad, eficiencia y responsabilidad.** Para toda contratación con el Dansocial como la Superintendencia de la Economía Solidaria, tendrán prelación las entidades de la Economía Solidaria competentes, en igualdad de condiciones.”* (resaltado de la Sala)

Fomento de la Educación Superior, ICFES, asociaciones de padres de familia, sociedades de mejoras públicas, hospitales, organizaciones de alcohólicos anónimos, juntas de acción comunal, juntas de defensa civil, juntas de copropietarios administradoras de edificios organizados en propiedad horizontal, asociaciones de exalumnos, religiosas y políticas, y los fondos de pensionados;

b) Las cooperativas y demás entidades previstas en el artículo 15, cuando destinen sus excedentes en la forma estipulada en la legislación cooperativa vigente;

c) Las entidades contempladas en el numeral 3º del artículo 19, cuando no realicen actividades industriales y de mercadeo.”

Ahora bien, la ley 223 de 1995, por la cual se expiden normas sobre Racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones, mantuvo como no contribuyentes a las instituciones de educación superior sin ánimo de lucro. Dice la ley:

“ARTICULO 65. Otras Entidades que no Son Contribuyentes. El artículo 23 del Estatuto Tributario quedará así:

"Artículo 23. Otras Entidades que no Son Contribuyentes. No son contribuyentes del impuesto sobre la renta, los sindicatos, las asociaciones de padres de familia, las sociedades de mejoras públicas, **las instituciones de educación superior aprobadas por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, que sean entidades sin ánimo de lucro, los hospitales que estén constituidos como personas jurídicas sin ánimo de lucro, las organizaciones de alcohólicos anónimos, las juntas de acción comunal, las juntas de defensa civil, las juntas de copropietarios administradoras de edificios organizados en propiedad horizontal o de copropietarios de conjuntos residenciales, las asociaciones de ex alumnos, los partidos o movimientos políticos aprobados por el Consejo Nacional Electoral, las ligas de consumidores, los fondos de pensionados, así como los movimientos, asociaciones y congregaciones religiosas, que sean entidades sin ánimo de lucro.**

Las entidades contempladas en el numeral 3 del artículo 19, cuando no realicen actividades industriales o de mercadeo.” (Negrillas fuera de texto)

Como se advierte, las instituciones de educación superior no eran contribuyentes del impuesto sobre la renta, de conformidad con el texto original del Estatuto Tributario - Decreto 624 de 1989, ni actualmente lo son de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la ley 223 de 1995. En consecuencia, como los afiliados al FODESEP son instituciones de educación superior, no contribuyentes por mandato del artículo 23 del Decreto ley 1482, el Fondo debe gozar de esta misma prerrogativa.

De otra parte, a igual conclusión se llega si se tiene en cuenta que la naturaleza del Fondo corresponde a la de una entidad pública del orden nacional, descentralizada por servicios, las cuales no son contribuyentes, salvo que la ley así lo señale. Dice el artículo 22 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 64 de la ley 223 de 1995:

“ARTICULO 22. ENTIDADES QUE NO SON CONTRIBUYENTES. Modificado por el artículo 64 de la Ley 223 de 1995. No son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, la Nación, los Departamentos y sus asociaciones, los Distritos, los Territorios Indígenas, los Municipios y las demás entidades territoriales, las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, las Areas Metropolitanas, las Asociaciones de Municipios, las Superintendencias, las Unidades Administrativas Especiales, las Asociaciones de Departamentos y las Federaciones de Municipios, los Resguardos y Cabildos Indígenas, los establecimientos públicos y **los demás establecimientos oficiales descentralizados, siempre y cuando no se señalen en la ley como contribuyentes. (...)**”

6. Régimen de personal.

Para definir el régimen de personal es necesario reiterar que la naturaleza jurídica del Fondo de Desarrollo de la Educación Superior – FODESEP es el de una entidad pública, descentralizada por servicios, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación.

De conformidad con el artículo 210 de la Constitución, le corresponde a la ley definir el régimen jurídico de las entidades descentralizadas del orden nacional. Dicho régimen se expidió con la ley 489 de 1998 en el artículo 68, al señalar que esas entidades se sujetarán a la Constitución, a la misma ley 489, a las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Ahora bien, tal como ya se mencionó, la ley 30 de 1992 al crear al FODESEP, señaló que éste fuera organizado bajo los principios de la economía solidaria, razón por la cual se debe aplicar el artículo 131 de la ley 79 de 1989, el cual otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para que expidiera las normas reguladoras de las administraciones públicas cooperativas.¹⁴ Dentro de las materias a regular se incluyeron los órganos de administración y las normas de funcionamiento. En ejercicio de las facultades extraordinarias se expidió el Decreto ley 1482 de 1989, el cual dispuso en el artículo 6º que en los estatutos se debería incluir el régimen de organización interna, constitución, procedimiento y funciones de los órganos de administración, condiciones, incompatibilidades y forma de elección y remoción de sus miembros.¹⁵

Al respecto, la Sala considera que el régimen de personal del Fondo no fue definido en los estatutos. En efecto, al revisar su articulado se advierte que no se dedicaron en detalle al tema laboral. Solamente asignaron como función del Consejo de Administración, la de crear, suprimir o modificar los cargos, establecer su asignación y en general a definir su estructura organizativa y la planta de

¹⁴ Ver nota No. 1.

¹⁵ **“Artículo 6o. DISPOSICIONES ESTATUTARIAS.** Los estatutos de toda administración cooperativa deberán contener:

1. Razón social, domicilio y ámbito territorial de operaciones.
2. objeto y enumeración de sus actividades.
3. Derechos y deberes de las entidades asociadas; condiciones para su administración, retiro, exclusión y determinación del órgano competente para su decisión.
4. Régimen de sanciones, causales y procedimientos.
5. **Régimen de organización interna, constitución, procedimiento y funciones de los órganos de administración y vigilancia, condiciones, incompatibilidades y forma de elección y remoción de sus miembros. (...)**”

personal, y a señalar que el gerente general debe ser nombrado por el Consejo de Administración para periodos de dos años mediante contrato, y que además de ser el representante legal es el jefe de la administración y le corresponde nombrar y remover el personal.

En consecuencia, ante el vacío, se debe acudir a las normas aplicables a las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y sus servidores, las cuales según el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo, no se rigen por él sino por los estatutos especiales que con posterioridad se dictaren. Como a la fecha no se han dictado las normas especiales, se debe recurrir a las normas vigentes a la fecha de expedición del Código Sustantivo del Trabajo, que regulan dichas relaciones laborales, esto es, la ley 6ª de 1945.

En este orden de ideas, para la Sala los trabajadores del Fondo son trabajadores oficiales, dado que de conformidad con el numeral 3º del artículo 1º del decreto 1848¹⁶, en los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación de carácter contractual laboral, tendrá la calidad de trabajador oficial.

En efecto, si bien los estatutos del Fondo no señalaron la calidad que ostentan sus empleados, y habiendo concluido que el FODESEP es una entidad pública, se puede inferir que, como de conformidad con los estatutos, el Gerente General es vinculado por contrato, éste se debe regir por las normas que regulan las relaciones de carácter laboral contractual de derecho público. De igual forma, a pesar de que los estatutos mencionan como función del Gerente General la de “nombrar y remover al personal”, tal competencia no puede asimilarse a la de un nombramiento de “empleado público”,¹⁷ dada la naturaleza del Fondo, sino que

¹⁶ **Decreto 1848 de 1969. “ARTICULO 1o. EMPLEADOS OFICIALES. Definiciones:**

1. Se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta, definidos en los Artículos 5o., 6 o. y 8o. del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

3. En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral.” (Subrayas de la Sala)

“ARTICULO 3o. TRABAJADORES OFICIALES. Son trabajadores oficiales, los siguientes:

a. Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del Artículo 1o. de este Decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras; y

b. ~~<Aparte tachado NULO> Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, con excepción del personal directivo y de confianza que trabaja al servicio de dichas entidades.~~”

¹⁷ **Decreto 3135 de 1968, “ARTICULO 5o. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.**

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Decreto 1848 de 1969. “ARTICULO 2o. EMPLEADOS PUBLICOS. 1. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales, son empleados públicos.”

debe entenderse también como una relación contractual de derecho público, esto es, que deben considerarse trabajadores oficiales.

De otra parte, hay que recordar que de acuerdo con el artículo 5° del decreto 2905 de 1994, el FODESEP “*como entidad de economía mixta creada para el fomento de la educación superior*” está **vinculado** al Ministerio de Educación Nacional, circunstancia jurídica que conduce a la misma conclusión, dado que en las entidades vinculadas la regla general es que el personal ostenta la calidad de trabajador oficial.

7. Inspección, vigilancia y control.

Según el artículo 38 de la ley 79 de 1988, sin perjuicio de la inspección y vigilancia que el Estado ejerce sobre las cooperativas, éstas contarán con una junta de vigilancia y un revisor fiscal, figuras que deben desarrollarse en los términos de los artículos 39 a 43 de la misma ley 79. Los artículos 39, 41 y 42 definen la conformación de la siguiente manera:

“Artículo 39. La junta de vigilancia estará integrada por asociados hábiles en número no superior a tres, con sus respectivos suplentes; su período y las causales de remoción serán fijadas en los estatutos.”

“Artículo 41. Por regla general la cooperativa tendrá un revisor fiscal con su respectivo suplente, quienes deberán ser contadores públicos con matrícula vigente; el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas podrá eximir a las cooperativas de tener revisor fiscal cuando las circunstancias económicas o de ubicación geográfica o el número de asociados lo justifiquen.

Artículo 42. El Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas podrá autorizar que el servicio de revisoría fiscal sea prestado por organismos cooperativos de segundo grado, por instituciones auxiliares del cooperativismo, o por cooperativas de trabajo asociado que contemplen dentro de su objeto social la prestación de este servicio, a través de contador público con matrícula vigente.” (Negrillas de la Sala)

En cuanto a la inspección y vigilancia del Estado, el artículo 39 del decreto ley 1482 de 1989 señaló:

*“Artículo 39. ATRIBUCIONES. Las administraciones cooperativas estarán sometidas a la **inspección y vigilancia del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas** en las mismas condiciones de las demás entidades sometidas a su acción de conformidad con las normas vigentes. Para el efecto el Departamento tendrá frente a las administraciones cooperativas las atribuciones previstas en la Ley 24 de 1981, las establecidas para las entidades cooperativas en la Ley 79 de 1988, y las consagradas en las demás disposiciones vigentes para el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia.”* (Negrillas de la Sala)

Con la ley 454 de 1998, mediante la cual se transformó el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se dispuso en el artículo 31, que éste último

asumiría las funciones del primero siempre y cuando correspondan a sus propias funciones, y que así mismo desempeñará las funciones de control, inspección y vigilancia, hasta tanto se organice la nueva Superintendencia de la Economía Solidaria, organismo que de forma inmediata las asumirá.

En este mismo sentido el artículo 34 de la ley 454 de 1998, modificado por el artículo 98 de la Ley 795 de 2003, señaló que “El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de la Economía Solidaria la inspección, vigilancia y control de las cooperativas y de las organizaciones de la Economía Solidaria que determine mediante acto general, que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado.”

En consecuencia, de conformidad con las normas analizadas, el FODESEP tiene como entes de inspección, control y vigilancia interna a la Junta de Vigilancia y al Revisor Fiscal, y como ente externo a la Superintendencia de Economía Solidaria.

8. Control fiscal.

Según el artículo 119 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración. En el mismo sentido el artículo 267 de la Carta define que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

La ley 42 de 1993 sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, señaló en el artículo 2º los sujetos de control fiscal, incluyendo a los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional:

“Artículo 2º.- Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.” (Negrillas fuera de texto)

A su vez el artículo 22 señala que las entidades de que trata el decreto 130 de 1976, reguladas hoy por la ley 489 de 1998, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. Es decir, si el Estado actúa como afiliado (aporte), o en representación (participación). Dice la norma:

“Artículo 22º.- La vigilancia fiscal en las entidades de que trata el Decreto 130 de 1976, diferentes a las de economía mixta, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo se aplicará lo previsto en el artículo anterior.”

El artículo anterior a que se hace referencia, es el 21, el cual señala:

“Artículo 21º.- *La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8 de la presente Ley.*

Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

Parágrafo 1º.- *En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el Estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.*

Parágrafo 2º.- *La Contraloría General de la República establecerá los procedimientos que se deberán aplicar en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.”* (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, la vigilancia fiscal al FODESEP se hará únicamente sobre el aporte estatal. Sin embargo, al realizar el control fiscal se hace necesario evaluar la gestión empresarial en su totalidad con el fin de verificar que el manejo de los recursos públicos involucrados se realice de conformidad con la ley, particularmente con los artículos 20, 21 y 22 de la ley 42 de 1993.

Sobre el tema la Sala en concepto No. 809 del 6 de junio de 1996, señaló:

“En las administraciones públicas cooperativas, creadas por la Nación o por las entidades territoriales (art. 130 Ley 79 / 88), el ejercicio del control fiscal se debe cumplir conforme lo prevé la Ley 42 de 1993; es decir, se tendrá en cuenta que además del aporte presupuestal que ingresa al patrimonio de las administraciones públicas cooperativas, las entidades estatales (nación, departamentos o municipios) participan como socias y por tanto, la función fiscalizadora se ejercerá como dispone el artículo 21, esto es, evaluando la gestión empresarial de tal manera que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8º de la mencionada ley. Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.”

9. Sistema de control interno y de Gestión de calidad.

La ley 872 de 2003, por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios, señala que el mencionado sistema se desarrollará y pondrá en funcionamiento por el sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del sector Público. Señala el artículo 2º de la referida ley:

“Artículo 2º. *Entidades y agentes obligados. El sistema de gestión de la calidad se desarrollará y se pondrá en funcionamiento en forma*

obligatoria en los organismos y entidades del Sector Central y del Sector Descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden Nacional, y en la gestión administrativa necesaria para el desarrollo de las funciones propias de las demás ramas del Poder Público en el orden nacional. Así mismo en las Corporaciones Autónomas Regionales, las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral de acuerdo con lo definido en la Ley 100 de 1993, y de modo general, en las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios de naturaleza pública o las privadas concesionarios del Estado.

Parágrafo 1º. *La máxima autoridad de cada entidad pública tendrá la responsabilidad de desarrollar, implementar, mantener, revisar y perfeccionar el Sistema de Gestión de la Calidad que se establezca de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta.*” (Negrillas fuera de texto)

El FODESEP al ser parte del sector descentralizado del orden nacional está obligado a poner en funcionamiento el sistema de gestión de calidad.

10. Destino de los recursos entregados por los entes afiliados y por la Nación en caso de su retiro y de los remanentes.

10.1 Competencia para liquidar entidades administrativas del orden nacional

Con la expedición del artículo 52 de la ley 489 de 1998, se radicó en cabeza del Presidente de la República la potestad de suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de las entidades y organismos del orden nacional. Dice la norma:

“Artículo 52. De la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales. El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando: (...)

Parágrafo 1º. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

Parágrafo 2º. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza.” (Resaltado de la Sala)

Ahora bien, mediante la ley 573 de 2000, se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar el régimen de liquidación y disolución de las entidades públicas del orden nacional, el cual se expidió mediante el decreto ley 254 de 2000, modificado por la ley 1105 de 2006.

Dicho decreto señaló en el párrafo del artículo 1º que las entidades que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación continuarán rigiéndose por él.

“ARTICULO 1º-Ambito de aplicación. Modificado por el art. 1, Ley 1105 de 2006. El presente decreto se aplica a las entidades públicas del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución. En lo no previsto en el presente decreto deberán aplicarse, en lo pertinente, las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero y del Código de Comercio sobre liquidación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad.

PARAGRAFO-Aquellas entidades del Estado que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, incluyendo las sociedades continuarán rigiéndose por ellas.” (Subrayas fuera de texto)

Las disposiciones anteriores modificaron parcialmente el artículo 24 del decreto 2905 de 1994, dado que a partir de la vigencia de la ley 489 de 1998, quien determina la transformación o disolución de las entidades administrativas del orden nacional es el Presidente de la República. En cuanto al procedimiento, continúa vigente el artículo 24 que ordena estarse a lo dispuesto en la ley 79 de 1988 para organismos cooperativos.¹⁸

“Artículo 24º. Transformación y disolución. El Fodeseop sólo podrá transformarse o disolverse para liquidarse o fusionarse, por disposición legal, la cual determinará el destino de los aportes patrimoniales efectuados por el Gobierno Nacional.¹⁹ En lo demás el procedimiento de liquidación y la cancelación de las obligaciones se efectuarán conforme lo establece la Ley 79 de 1988 para organismos cooperativos.” (Subrayas fuera de texto)

De igual forma, el artículo 37 del Decreto Ley 1482 de 1989, señala que las normas para la liquidación del Fondo serán las de la ley 79 de 1988.²⁰ Adicionalmente ordenó al Gobierno Nacional la expedición de una reglamentación para establecer los procedimientos de liquidación de las administraciones públicas cooperativas atendiendo a su naturaleza y características especiales, reglamentación que no ha sido expedida.

¹⁸ Ver Capítulo XII, artículos 100 al 121 de la ley 79 de 1988.

¹⁹ En relación con los aportes del Estado el artículo 21 de los estatutos estableció que éstos serían reintegrados al Estado sólo en caso de liquidación.

“ARTICULO 21. Aportes del Estado

De conformidad con la ley, el Estado a través del Gobierno Nacional o de las entidades que lo representan, efectuará aportes anuales al patrimonio de **FODESEP** de acuerdo con las partidas asignadas en el Presupuesto Nacional.

Los aportes del Gobierno Nacional, tienen por objeto contribuir económicamente con **FODESEP** para desarrollar sus actividades, figurarán en una cuenta patrimonial independiente y estarán sujetos a los riesgos de su operación. **Estos aportes sólo serán reintegrados al Estado en caso de liquidación de FODESEP.**”

²⁰ **“Artículo 37. NORMAS APLICABLES Y ATRIBUCIONES.** En los eventos de fusión, incorporación, disolución y liquidación se aplicarán en lo pertinente las normas establecidas para las entidades cooperativas. El Gobierno Nacional expedirá la reglamentación para establecer los procedimientos de liquidación de las administraciones cooperativas atendiendo su naturaleza y características especiales.

El Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas tendrá en las materias de este capítulo las mismas atribuciones previstas en la ley respecto de las cooperativas.”

En consecuencia, de conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 1482 de 1989, norma especial para las administraciones públicas cooperativas, y con el artículo 24 del decreto 2905 de 1994, mediante el cual se reglamenta el FODESEP, el procedimiento para la liquidación del Fondo será el dispuesto en la ley 79 de 1988, para las entidades del sector cooperativo. Esto, hasta tanto se expida la reglamentación especial ordenada al Gobierno Nacional, en el artículo 37 arriba mencionado.

Por tanto, como el decreto ley 254 de 2000, respeta el régimen propio de liquidación de las entidades que tengan norma especial, ha de estarse a lo dispuesto en los decretos ley 1482 de 1989 y 2905 de 1994, que a su vez remiten a las normas de la ley 79 de 1989 para las entidades de economía solidaria.

Ahora bien, otro aspecto a dilucidar es si con el párrafo del artículo 52 de la ley 489 de 1998, el cual señala que en el respectivo decreto de liquidación se dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos del Fondo, y la titularidad y destinación de bienes o rentas, conlleva la modificación del tratamiento que las normas especiales tienen para una eventual liquidación del Fondo, en cuanto a los aportes de los afiliados, a los recursos de la Nación y a los remanentes. Lo anterior, dado que una cosa es que la ley otorgue competencia para que se tome la decisión de liquidar una entidad, otra para que se regule el procedimiento y otra para que se defina el destino final de los recursos.

10.2 Recursos entregados al Fondo por los afiliados

En relación con los recursos entregados por los entes afiliados, teniendo en cuenta, que el ingreso al Fondo es voluntario, el procedimiento en caso de retiro de un afiliado del FODESEP, en condiciones normales de funcionamiento, es el contemplado en los estatutos. Dice el artículo 17:

“ARTICULO 17. Efectos de la pérdida de calidad de entidad afiliada

*Quando se produzca el retiro de una entidad afiliada se procederá a cancelar su registro, **efectuar los cruces y compensaciones a que haya lugar y a devolver el saldo de los aportes, ahorros y demás derechos económicos que posea.** La devolución se hará dentro de los noventa días siguientes a la desvinculación.*

Si el valor de las obligaciones de la entidad afiliada que se retira resulta superior al monto de sus aportes y demás derechos económicos, deberá pagar el remanente de acuerdo con los reglamentos.

*En caso de fuerza mayor o grave crisis económica de **FODESEP**, el Consejo de Administración podrá ampliar hasta en un año el plazo de devolución de las sumas a favor de la entidad que se retira.”*

En consecuencia, en el evento del **retiro voluntario de un afiliado al Fondo**, se efectuarán los cruces y compensaciones a que haya lugar y se le devolverá el saldo de los aportes, ahorros y demás derechos económicos que posea.

Ahora bien, en caso de que el Presidente de la República ordene la liquidación del FODESEP, de conformidad con el artículo 120 de la ley 79 de 1988, norma especial aplicable de conformidad con lo ya expuesto, el pago de los aportes de los afiliados está en el último orden de prioridad, así:

“Artículo 120. *En la liquidación de las cooperativas deberá procederse al pago de acuerdo con el siguiente orden de prioridades:*

- 1. Gastos de liquidación.*
- 2. Salarios y prestaciones sociales ciertos y ya causados al momento de la disolución.*
- 3. Obligaciones fiscales.*
- 4. Créditos hipotecarios y prendarios.*
- 5. Obligaciones con terceros, y*
- 6. Aportes de los asociados.*

Cuando se trate de cooperativas autorizadas para captar recursos de asociados y de terceros, estos depósitos se excluirán de la masa de la liquidación.

En los procesos de liquidación de las cooperativas de seguros y en las organizaciones cooperativas de segundo grado e instituciones auxiliares del cooperativismo de carácter financiero o de seguros, se seguirá el procedimiento especial establecido para las instituciones financieras.”

10.3 Recursos girados al Fondo por la Nación

Los estatutos del FODESEP señalan en el artículo 21 que los aportes del Estado sólo se le reintegrarán en caso de liquidación del Fondo.²¹ No obstante, considera la Sala que será en el acto administrativo que ordene la liquidación, en el que defina el destino de tales recursos.

En efecto, de conformidad con lo expuesto en el punto 10.1, en el acto que ordene la liquidación del Fondo se dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos del Fondo, y la titularidad y destinación de bienes o rentas, lo cual conlleva la modificación del tratamiento que las normas especiales le han dado a los recursos girados en representación del Estado. En otros términos, la primera parte del inciso uno del artículo 24 del decreto 2905 de 1994, quedó modificado por el artículo 52 de la ley 489 de 1998, en el sentido de que es el Presidente de la República el que puede disolver y en consecuencia liquidar el FODESEP y que en el mismo acto dispondrá sobre el destino de los recursos aportados por el Estado.

Con respecto al eventual retiro de los representantes de la Nación en el Fondo, la Sala considera que el Ministerio del Educación, el ICFES y el ICETEX, no pueden de manera voluntaria retirarse del FODESEP, y que sólo se contempla ese evento cuando se ordene la liquidación; lo anterior, dado que no ostentan la calidad de afiliado y de que su vinculación se da en virtud del decreto 2905 de 1994, lo cual no obedece a la libertad de ingreso y retiro que tienen los asociados.

10.4 Los remanentes de la liquidación

En cuanto a los remanentes, de conformidad con lo establecido en la Ley 79 de 1988, cuando se liquiden entidades del sector solidario, éstos deben ser transferidos

²¹ **ARTICULO 21. Aportes del Estado**

*De conformidad con la ley, el Estado a través del Gobierno Nacional o de las entidades que lo representan, efectuará aportes anuales al patrimonio de **FODESEP** de acuerdo con las partidas asignadas en el Presupuesto Nacional.*

*Los aportes del Gobierno Nacional, tienen por objeto contribuir económicamente con **FODESEP** para desarrollar sus actividades, figurarán en una cuenta patrimonial independiente y estarán sujetos a los riesgos de su operación. Estos aportes sólo serán reintegrados al Estado en caso de liquidación de **FODESEP**.*

a un Fondo para la investigación Cooperativa administrado por un organismo de tercer grado, en caso de que los estatutos no hayan previsto nada al respecto.

“Artículo 121. Los remanentes de la liquidación serán transferidos a la entidad cooperativa que los estatutos hayan previsto o, a falta de disposición estatutaria, a un Fondo para la investigación cooperativa administrado por un organismo cooperativo de tercer grado. El Gobierno reglamentará lo referente a este último beneficiario cuando haya varios organismos en la misma situación.” (Negrillas de la Sala)

Revisados los estatutos, se observa la inexistencia de norma que señale la entidad cooperativa que en caso de liquidación del Fondo, sea la favorecida con los remanentes de la liquidación. No obstante, el decreto ley 1482 de 1989, especial para las administraciones públicas cooperativas, señaló expresamente que:

“Artículo 38. DESTINACION DEL REMANENTE. Los remanentes de la liquidación serán transferidos a la entidad sin ánimo de lucro que los estatutos hayan previsto; a falta de disposición estatutaria, la designación la efectuará el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.” (Negrillas de la Sala)

Sin embargo, tal como se concluyó para los aportes estatales, de conformidad con lo expuesto en el punto 10.1, en el acto que ordene la liquidación del Fondo al disponerse de la titularidad y destinación de los bienes o rentas, necesariamente se dispone de los remanentes, lo cual comporta la modificación del tratamiento que las normas especiales les han dado a éstos. En consecuencia, el artículo 121 de la ley 79 de 1988 y el 38 del decreto ley 1482 de 1989, deben considerarse derogados tácitamente por el artículo 52 de la ley 489 de 1989.

11. Duplicidad organizacional del FODESEP con el ICETEX o con otros organismos o Fondos en operación.

La Sala advierte que se referirá únicamente al ICETEX, dado que el análisis con otros organismos se convierte en una consultoría que escapa a la competencia de la Sala.

Mediante la ley 1002 de 2005, se transformó el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, en una entidad financiera de naturaleza especial, dirigida al apoyo crediticio o subsidiado para el acceso a la educación superior priorizando la población de bajos recursos y aquella con méritos académicos en todos los estratos²². No se indica que se incluya la financiación de proyectos de las instituciones de Educación Superior.

²² “ARTICULO 2o. OBJETO. El Icetex tendrá por objeto el fomento social de la educación superior, **priorizando la población de bajos recursos económicos y aquella con mérito académico en todos los estratos a través de mecanismos financieros que hagan posible el acceso y la permanencia de las personas a la educación superior, la canalización y administración de recursos, becas y otros apoyos de carácter nacional e internacional, con recursos propios o de terceros.** El Icetex cumplirá su objeto con criterios de cobertura, calidad y pertinencia educativa, en condiciones de equidad territorial. Igualmente otorgará subsidios para el acceso y permanencia en la educación superior de los estudiantes de estratos 1, 2 y 3.

Por lo anterior, no existe duplicidad de funciones entre el ICETEX y el FODESEP.

LA SALA RESPONDE

“1. ¿Cuáles deben ser los efectos administrativos, financieros y fiscales que se derivan de la organización establecida en la ley para el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP)?, estrictamente cuál es su naturaleza jurídica? (Régimen laboral, tributario, contractual)

2. ¿Qué tipo de actos y contratos que realice o celebre el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) deben regirse por las normas del derecho privado y cuáles están o pueden estar sujetas a las del derecho público?

La naturaleza jurídica del Fondo de Desarrollo de la Educación Superior – FODESEP es el de una entidad pública de economía mixta, clasificada dentro del grupo de *“otras formas de administración pública cooperativa”* denominadas a su vez por el artículo 2º del decreto ley 1482 de 1989, como *“administraciones cooperativas”*, descentralizada por servicios, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional. Hace parte, por tanto, de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Las personas que trabajan en el FODESEP son trabajadores oficiales.

Al ser FODESEP una entidad pública del orden nacional, por mandato del artículo 22 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 64 de la ley 223 de 1995, no es contribuyente.

El FODESEP al ser una forma de administración pública cooperativa, esto es, un ente solidario de carácter público está íntegramente sometido al Estatuto General de la Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 10º de la ley 1150 de 2007.

3. ¿A qué régimen de inspección, vigilancia y control está sometido el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) y cuál es el órgano competente para ejercer sobre éste aquellas funciones? O son varios los organismos de control con competencia para ello? En su caso cuáles?

En razón a su naturaleza especial, el Icetex destinará los beneficios, utilidades y excedentes que obtenga, al desarrollo de su objeto. Para tal efecto creará una reserva patrimonial que se destinará de la siguiente forma:

- 1. El cuarenta por ciento (40%) para la constitución de reservas destinadas a la ampliación de cobertura del crédito y de los servicios del Icetex.*
- 2. El treinta por ciento (30%) para la constitución de reservas destinadas a otorgar subsidios para el acceso y permanencia a la educación superior de estudiantes con bajos recursos económicos y mérito académico.*
- 3. El treinta por ciento (30%) restante se destinará a incrementar el capital de la entidad.” (Negrillas fuera de texto)*

De conformidad con el artículo 34 de la ley 454 de 1998, el Presidente de la República ejercerá, por conducto de la Superintendencia de la Economía Solidaria, la inspección, vigilancia y control de las organizaciones de la Economía Solidaria que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado. A su vez, contará con una junta de vigilancia y un revisor fiscal, en los términos de los artículos 39 a 43 de la ley 79 de 1988.

4. ¿Está sujeto el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) al control fiscal del Estado y en su caso cuál es el órgano competente para su ejercicio y cual el alcance de dicho control?

Sí. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración, sobre los aportes de recursos estatales, la cual se realiza a través de la evaluación de la gestión empresarial en su totalidad con el fin de verificar que el manejo de los recursos públicos involucrados se ejecute de conformidad con la ley.

5. ¿Es de aplicación al Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) el Sistema de Control Interno exigido para las entidades del Estado y consecuentemente el Sistema de Gestión de Calidad?

Sí. La ley 872 de 2003, por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público, debe ser aplicada por el FODESEP.

6. En el evento de disolución y liquidación del Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP), ¿cuál debe ser el destino de los remanentes una vez honradas las obligaciones a su cargo?

El artículo 52 de la ley 489 de 1998 radicó en cabeza del Presidente de la República la potestad de suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Si esto ocurriera, en el respectivo decreto, el Presidente dispondrá sobre la titularidad y destinación de los remanentes.

7. En el evento de retiro de uno cualquiera de los afiliados, o de alguno de los miembros que haya participado con aportes, como la Nación, cuál debe ser el destino de los recursos por estos entregados al Fondo, en cumplimiento de los artículos 91 de la Ley 30 de 1992 y 20 del Decreto 2905 de 1994 y otros efectuados en vigencias fiscales posteriores.

De acuerdo con los Estatutos del FODESEP, en condiciones normales de funcionamiento, cuando se produzca el retiro de una entidad afiliada se procederá a cancelar su registro, efectuar los cruces y compensaciones a que haya lugar y a devolver el saldo de los aportes, ahorros y demás derechos económicos que posea.

En el caso de que se ordene su liquidación, el pago de los aportes de los afiliados está en el último orden de prioridad.

El Ministerio del Educación, el ICFES y el ICETEX, como representantes del Gobierno, no se pueden retirar de manera voluntaria del FODESEP. Sólo se contempla su desvinculación si se dispone la liquidación del Fondo. De darse ésta última hipótesis, en el respectivo decreto, el Presidente dispondrá sobre la titularidad y destinación de los recursos girados por el Gobierno Nacional.

8. Con la expedición de la Ley 1002 de 2005, que transformó al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX- en una entidad financiera de carácter especial, hay duplicidad organizacional con el Fondo de Desarrollo de la Educación Superior (FODESEP) por atender objetivos similares? O la hay respecto de otros organismos o Fondos en operación?

De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, no se advierte duplicidad organizacional entre el FODESEP y el ICETEX.

Transcríbase a la señora Ministra de Educación Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala