**CCE-DES-FM-17**

**FIDUCIA MERCANTIL ― Concepto ― Características**

Esta Subdirección, en Concepto con radicado No. 2201913000008612 del 19 de noviembre de 2019, indicó que el Código de Comercio define el contrato de fiducia mercantil en su artículo 1.226, estableciendo como elementos característicos del negocio jurídico: i) la existencia de al menos dos sujetos: fiduciante y fiduciario y ii) la transferencia de los bienes fideicomitidos.

**FIDUCIA MERCANTIL ― Fiducia pública ― Patrimonio autónomo ― Diferencias**

Dadas estas características particulares, el contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues este último «nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial». Así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-086 de 1995 –expedida con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa–, al señalar que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente comparte esta posición, y por tanto considera que la constitución de patrimonios autónomos, por parte de entidades estatales solo puede darse en virtud de una disposición legal expresa. En efecto, en respuesta a la consulta con radicado No. 4201912000004359 y con radicado de salida No. 2201913000005645 del 8 de agosto de 2019, esta Agencia manifestó que: «Es posible que una entidad estatal celebre un contrato de fiducia mercantil y con él se constituya un patrimonio autónomo, siempre que una norma especial lo autorice. Esta fiducia mercantil es diferente a la fiducia pública definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y se rige por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en los aspectos particularmente regulados en la Ley 80 de 1993».

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO ― Concepto ― Régimen ― Criterio orgánico**

En relación con la tipología de convenio interadministrativo, conviene señalar que fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales.

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

**REGÍMENES ESPECIALES ― Contratación estatal ― Derecho privado ― Principios de derecho administrativo**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su normativa para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

[…]

No obstante, las entidades de régimen especial deben satisfacer una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública, que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen legal.

**MANUALES DE CONTRATACIÓN ― Reglamentos ― Límites ― Reserva de ley**

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial , exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias – pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado manual de contratación–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. Dicho de otra forma, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones y procedimientos para su imposición, iii) causales de inhabilidad e incompatibilidad, iv) el principio de anualidad del gasto, y v) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación.

Bogotá D.C., **28/10/2020 Hora 2:7:27s**

**N° Radicado: 2202013000010640**

Doctora

**Diana Patricia Ríos García**

Ciudad

**Concepto C ‒ 637 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | FIDUCIA MERCANTIL ― Concepto ― Características / FIDUCIA MERCANTIL ― Fiducia pública ― Patrimonio autónomo ― Diferencias / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO ― Concepto ― Régimen ― Criterio orgánico / REGÍMENES ESPECIALES ― Contratación estatal ― Derecho privado ― Principios de derecho administrativo / MANUALES DE CONTRATACIÓN ― Reglamentos ― Límites ― Reserva de ley |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202012000008252 y 4202013000008313  |

Estimada señora Ríos:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 18 de septiembre del 2020.

1. **Problema planteado**

Partiendo de los siguientes presupuestos señalados en su petición, usted solicita se respondan algunos interrogantes:

«Una entidad pública del orden nacional con categoría de Departamento Administrativo, se encuentra adelantando las gestiones necesarias a efectos de adquirir a título de compraventa algunos inmuebles que hacen parte de un Edificio de propiedad de una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero; inmuebles estos que en la actualidad se encuentran arrendados al referido Departamento Administrativo, en virtud de un Contrato de arrendamiento celebrado entre las mismas partes».

»A efectos de materializar esta iniciativa, el Departamento Administrativo celebró Convenio interadministrativo con la Agencia Inmobiliaria Virgilio Barco Vargas (ANIM), con el objeto de desarrollar de manera conjunta la formulación, estructuración y ejecución del proyecto de gestión inmobiliaria integral e infraestructura física para el Departamento Administrativo.

»Para estos efectos, la AMIN constituyó un PATRIMONIO AUTÓNOMO en el cual se administran dineros necesarios para el desarrollo del proyecto de compra de los inmuebles que se pretenden adquirir, dejando en calidad de BENEFICIARIO al Departamento Administrativo.

»En esa medida, en la celebración del negocio jurídico para la adquisición de los inmuebles intervendrían las anteriores partes así: (i) La empresa industrial y comercial del Estado en Calidad de Promitente Vendedor, (ii) La Sociedad Fiduciaria, como Vocera y administradora del patrimonio autónomo, en calidad de Promitente Comprador y (iii) el Departamento Administrativo en calidad de BENEFICIARIO del Patrimonio Autónomo Derivado».

Además, agrega como fundamento de la solicitud que: «Es importante señalar que en el Manual de Contratación de la EICE se consagra como causales de contratación directa: la **adquisición** de bienes inmuebles y la celebración de contratos interadministrativos, pero no hay disposición alguna referente a la modalidad para la **VENTA** de bienes inmuebles».

 Agrega además, como fundamento adicional que «La Sociedad Fiduciaria Vocera y administradora del Patrimonio Autónomo constituido para la compra de los bienes inmuebles antes referidos, es una sociedad anónima de servicios financieros de naturaleza privada y comercial, vigilada por la Superintendencia Financiera».

 Con fundamento en los elementos anteriores, la peticionaria solicita se resuelva lo siguiente:

«A la luz del marco normativo vigente y aplicable a la Empresa Industrial y Comercial del Estado, en el marco de la estructuración del negocio pretendido y bajo las calidades indicadas y previstas en el proyecto de promesa de compraventa, ¿Cuál es la modalidad de contratación legalmente aplicable por la que se debe adelantar el pretendido negocio jurídico?»

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) contrato de fiducia mercantil y capacidad contractual de los patrimonios autónomos, ii) concepto de contrato interadministrativo y régimen jurídico aplicable, iii) consideraciones sobre los regímenes especiales en la contratación estatal y iv) naturaleza y límites de los manuales internos de contratación de las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el contrato de fiducia mercantil y la capacidad contractual del patrimonio autónomo derivado de dicho contrato en los conceptos con radicado No. 2201913000005645[[1]](#footnote-2) del 8 de agosto de 2019 y 2201913000008612[[2]](#footnote-3) del 19 de noviembre de 2019. Igualmente, abordó la definición, las características y la regulación de los contratos interadministrativos en los conceptos con radicado: C-023 del 13 de febrero de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020 y C-227 del 7 de abril de 2020.

De igual forma, analizó el alcance de los manuales internos de contratación de las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP en los conceptos con radicado: C-147 del 17 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-191 del 16 de marzo de 2020 y C-168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020. Además, los aspectos anteriores fueron objeto de análisis recientemente en el concepto C-581 del 21 de septiembre de 2020. Las tesis expuestas en aquellas oportunidades se reiteran a continuación y se complementan con algunas ideas relacionadas con la consulta objeto de análisis.

**2.1. Contrato de fiducia mercantil y la capacidad contractual del patrimonio autónomo**

Esta Subdirección, en Concepto con radicado No. 2201913000008612 del 19 de noviembre de 2019, indicó que el Código de Comercio define el contrato de fiducia mercantil en su artículo 1.226, estableciendo como elementos característicos del negocio jurídico: i) la existencia de al menos dos sujetos: fiduciante y fiduciario y ii) la transferencia de los bienes fideicomitidos, con el siguiente tenor:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Dadas estas características particulares, el contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues este último «nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial». Así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-086 de 1995 –expedida con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa–, al señalar que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio[[3]](#footnote-4).

De la jurisprudencia constitucional se entiende que las entidades estatales pueden suscribir contratos de fiducia mercantil. Sin embargo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de marzo de 1998, con radicado número 1.074 –Consejero Ponente: Cesar Hoyos Salazar–, consideró que la Ley 80 de 1993 tiene como objetivo restringir los negocios fiduciarios que pueden celebrar los entes públicos, y por ello, a pesar de que el contrato de fiducia pública es diferente al de fiducia mercantil, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente debe darse en virtud de una autorización legal, como es el caso de los procesos de titularización de activos e inversiones, tal como lo autoriza expresamente el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-5).

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente comparte esta posición, y por tanto considera que la constitución de patrimonios autónomos, por parte de entidades estatales solo puede darse en virtud de una disposición legal expresa. En efecto, en respuesta a la consulta con radicado No. 4201912000004359 y con radicado de salida No. 2201913000005645 del 8 de agosto de 2019, esta Agencia manifestó que: «Es posible que una entidad estatal celebre un contrato de fiducia mercantil y con él se constituya un patrimonio autónomo, siempre que una norma especial lo autorice. Esta fiducia mercantil es diferente a la fiducia pública definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y se rige por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en los aspectos particularmente regulados en la Ley 80 de 1993».

El artículo 67 de la Ley 1955 de 2019[[5]](#footnote-6) es otro ejemplo de una norma que expresamente autoriza celebrar un contrato de fiducia mercantil, pues dispone que los recursos del proyecto Aeropuerto del Café – AEROCAFÉ se ejecutarán a través de un patrimonio autónomo, constituido por la Aeronáutica Civil. En relación con ese caso, Colombia Compra Eficiente, en el mismo concepto citado, afirmó que la constitución y administración del patrimonio autónomo no puede darse en abstracto, sino atendiendo rigurosamente la ley que lo autoriza: «Dado que la ley ha determinado que la Aeronáutica Civil es la encargada de constituir un patrimonio autónomo para administrar los recursos de AEROCAFE, en caso de suscribir un contrato de fiducia mercantil debe circunscribirse estrictamente a lo definido en la Ley».

De igual forma, la misma Ley 1955 de 2019 define el régimen de contratación derivado del patrimonio autónomo para el proyecto AEROCAFE, pues el articulo 67 dispone: «El régimen de contratación y administración de sus recursos se regirá por el derecho privado, con plena observancia de los principios de transparencia, economía, igualdad y publicidad, definidos por la Constitución y la Ley». Así mismo, las normas en particular deben establecer reglas específicas para cada patrimonio autónomo.

Por ello, debe destacarse que en caso de que no exista norma que autorice la fiducia mercantil, se está ante un negocio fiduciario que debe respetar lo establecido por el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que entre sus reglas dispone: «La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto» y «Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente».

La Ley 80 de 1993 permite realizar negocios fiduciarios, siempre que tengan por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos estatales. Además, la Sala Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de marzo de 1998, antes citado, también señaló otras características del negocio fiduciario que pueden celebrar autónomamente las entidades estatales, que no son otras que las del estatuto general de contratación y en forma supletiva el Código de Comercio[[6]](#footnote-7).

Además, debe señalarse que la contratación derivada de negocios fiduciarios se rige por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, como lo establece el artículo 32: «Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente», razón por la cual la contratación derivada del contrato fiduciario se regirá por la Ley 80 de 1993, salvo que alguna ley especial permita que el patrimonio autónomo actúe de forma diferente.

Se entiende que las entidades estatales pueden entregar el manejo de recursos con el fin de hacer pagos o desembolsos derivados de un contrato estatal, ya sea por fiducia pública o encargo fiduciario. Sin embargo, el inciso 7, del numeral 5, del articulo 32 de la Ley 80 de 1993, prohíbe que se constituya patrimonio autónomo en virtud de estos negocios fiduciarios. En estos casos, la entidad estatal mantiene la propiedad de los recursos y por ello conserva el control sobre ellos. Solo en supuestos excepcionales, en los que exista autorización legal expresa, ciertas entidades estatales podrán transferir la propiedad de recursos públicos a un patrimonio autónomo. Incluso esta transferencia de propiedad debe tener una finalidad específica y la entidad mantiene la obligación de vigilar que se cumplan los fines estatales que motivaron la contratación. En consecuencia, la entidad estatal debe conservar el control de los recursos entregados al patrimonio autónomo.

El concepto de la Contraloría General de la República, con radicado 2006EE62754 del 6 de diciembre de 2006, reiterado en concepto OJ-CGR 084 de 2017[[7]](#footnote-8), considera que la transferencia de recursos no implica dominio pleno de ellos por parte del fiduciario[[8]](#footnote-9), sino que tiene un carácter instrumental. Por ello el administrador del patrimonio autónomo no tiene facultad de disponer libremente de los recursos públicos[[9]](#footnote-10).

Finalmente, en cualquier negocio fiduciario, por orden del artículo 1.234 del Código de Comercio[[10]](#footnote-11), es deber indelegable de la sociedad fiduciaria, «rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses» y simultáneamente el fiduciante tiene el derecho de «exigir rendición de cuentas», según lo consigna el artículo 1.236 del mismo Código[[11]](#footnote-12). Por ello la entidad no pierde la vigilancia sobre los recursos públicos.

En síntesis, las entidades estatales mantienen el control y vigilancia de la correcta ejecución de los recursos entregados a la fiducia. Sin embargo, la responsabilidad disciplinaria o fiscal por hechos relacionados dependerá de cada situación particular. Los organismos de control respectivos son los competentes para pronunciarse al respecto y no la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Debe relievarse que aún cuando existen casos donde es posible constituir patrimonios autónomos por parte de entidades estatales, a menos que la ley que lo autorice diga otra cosa, se debe respetar el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual: «en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública».

En desarrollo de las consideraciones anteriores y por la relevancia respecto al supuesto planteado por la peticionaria, debe tenerse en cuenta que otro de los ejemplos de orden legal en que se autoriza a una entidad estatal para celebrar contratos propiamente de fiducia mercantil tiene relación con la Agencia Nacional Inmobiliaria Virgilio Barco Vargas, dado que el parágrafo segundo del artículo 245 de la Ley 1753 de 2015 establece: «Se autoriza la contratación de fiducias mercantiles para el desarrollo de los proyectos de la Agencia Nacional Inmobiliaria Virgilio Barco Vargas, en las que pueden participar las entidades públicas del orden nacional y territorial».

**2.2. Contratos interadministrativos. Concepto y régimen jurídico aplicable**

En relación con la tipología de convenio interadministrativo, conviene señalar que fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[12]](#footnote-13).

 De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento susceptible de pluralidad de oferentes[[13]](#footnote-14). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito[[14]](#footnote-15). Por ello, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C–671 de 2015, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos ̶ en control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales» ̶ expresó sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos, que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública».

Así las cosas, y atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente[[15]](#footnote-16), pues, de acuerdo con lo anotado, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…]se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[16]](#footnote-17).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable para celebrar los contratos interadministrativos. No obstante, la Ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa, cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso en el que sea posible la participación de una pluralidad de interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, por la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

**2.3. Regímenes especiales en la contratación estatal. Excepciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: derecho privado matizado por las reglas y principios del derecho administrativo**

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su normativa para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

 Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, ello estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[[17]](#footnote-18).

 No obstante, las entidades de régimen especial deben satisfacer una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública, que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial, así:

[...] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[[18]](#footnote-19).

Toda vez que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP –en la sección Régimen Especial–, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

Además de lo anterior, y pese a que el régimen contractual de las entidades de régimen especial sea el derecho privado, ello no es óbice para que otras normas del ordenamiento le impongan cargas y deberes que en principio no aplican frente a los particulares. En este sentido, es común que la ley establezca ciertas reglas específicas para la celebración de ciertos contratos, que pueden resultar transversales a todas las entidades del Estado, pues algunas de esas normas se establecen como obligatorias para todas o algunas entidades públicas, con independencia de su régimen contractual.

En este sentido, las entidades estatales de régimen especial deben establecer su manual de contratación guardando armonía con las normas superiores que le resulten aplicables, pues además de someterse al derecho privado son susceptibles de que les apliquen otras normas de derecho público.

Finalmente, por la relevancia para este concepto, una de las normas que asigna un régimen especial de contratación diferente a cierto tipo de entidades es el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, prescribiendo que, entre otros, los contratos que celebren las entidades financieras de carácter estatal no estarán sometidos al EGCAP: «Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. // En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley».

**2.4. Manual o reglamento interno de contratación de las entidades de régimen especial: límites derivados de la reserva de ley y forma de llenar sus vacíos**

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial[[19]](#footnote-20), exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[20]](#footnote-21)– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. Dicho de otra forma, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones y procedimientos para su imposición, iii) causales de inhabilidad e incompatibilidad, iv) el principio de anualidad del gasto, y v) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación[[21]](#footnote-22).

En este punto surge el siguiente interrogante, ¿a qué normas deben acudir las entidades estatales y los interesados, cuando se presenten lagunas jurídicas –es decir, vacíos o ausencia de regulación de ciertos temas–[[22]](#footnote-23), en los manuales de contratación de las entidades de régimen especial? Como lo establece la «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación»[[23]](#footnote-24), proferida por esta Agencia, en principio, la actividad contractual de las entidades excluidas de la aplicación del EGCAP «se somete a las reglas del derecho privado». En consecuencia, si bien deben cumplir algunas obligaciones transversales propias del sistema de compra pública, señaladas en dicha guía y que se mencionaron en el numeral anterior, el régimen jurídico de base es el derecho privado, o sea el integrado por los preceptos civiles y comerciales.

Sin embargo, para determinar el método hermenéutico que ha de seguirse al momento de llenar el vacío de regulación presente en los manuales de contratación de las entidades con régimen especial, el operador jurídico debe indagar en qué materia o asunto se presenta la laguna. Ello por cuanto existen *tres* remisiones legales, que deben interpretarse sistemáticamente: i) la que efectúa hacia el derecho privado la norma legal que constituye el régimen especial de la entidad correspondiente –por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994; el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993; o el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007–; ii) la que prevén los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, los cuales disponen que las normas de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– deben aplicarse en ausencia de lo establecido en leyes especiales; y iii) la que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 respecto de la aplicación de los principios de la función administrativa –artículo 209 C.P.– y de la gestión fiscal –artículo 267 C.P.–, así como del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

En consecuencia, si el manual de contratación de la entidad de régimen especial no prevé normas –es decir, sí tiene vacíos–[[24]](#footnote-25) sobre: i) los elementos de existencia y validez del contrato, ii) los vicios que pueden generar su anulación, iii) la tipología de los negocios jurídicos, iv) los criterios de interpretación de las estipulaciones contractuales, v) el concepto y los requisitos de la oferta, vi) las formas de extinción de las obligaciones, vii) la responsabilidad contractual, y otras materias similares relacionadas con el régimen sustantivo del contrato, la ausencia de tales disposiciones en el reglamento interno de contratación de la entidad exceptuada debe suplirse con las normas del Código Civil y del Código de Comercio[[25]](#footnote-26), con la costumbre mercantil[[26]](#footnote-27) y con los principios generales que rigen las relaciones contractuales de los particulares, que ingresan dentro de la categoría de la *lex mercatoria*[[27]](#footnote-28).

Por el contrario, si el vacío del manual de contratación tiene que ver con asuntos asociados al procedimiento administrativo, como: i) la forma de iniciar la actuación administrativa, ii) los derechos y deberes de las entidades y de los particulares en los procedimientos administrativos, iii) el trámite de las peticiones, iv) la notificación, comunicación o publicación de los actos administrativos, v) la presunción de legalidad, firmeza y ejecutoriedad de los actos administrativos, vi) los recursos contra los actos administrativos, etc. –asuntos que, como se dijo, gozan de reserva de ley–, la entidad de régimen especial debe aplicar el principio de subsidiariedad previsto en los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, es decir, debe llenar tales lagunas con las normas de la primera parte del CPACA.

De otro lado, si lo que en el manual falta –precisamente porque está reservado a la ley– son normas que regulen las inhabilidades e incompatibilidades, en este caso sí se debe acudir a las disposiciones que las consagran y que establecen sus consecuencias, tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en leyes complementarias.

En síntesis, los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues ello depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento interno. Los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o en leyes complementarias. Finalmente, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–.

En este sentido, los diferentes aspectos del manual de contratación, incluyendo la definición de los procedimientos o modalidad de selección deben guardar armonía con las leyes que le resulten aplicables a las entidades de régimen especial, como sucede, entre otras cosas, con la necesidad de observar los acuerdos comerciales cuando estos resulten exigibles a la entidad de régimen especial o de observar leyes que establecen requisitos o exigencias particulares para la celebración de ciertos objetos contractuales, supuestos en los cuales los manuales de contratación deben guardar armonía con la normativa jerárquicamente superior. En tal sentido, en el evento que la entidad de régimen especial considere que su manual no cumple con dichas exigencias y teniendo en cuenta que este vincula a la propia entidad, esta puede optar por, antes de iniciar un proceso contractual, que eventualmente desconocería normas de superior jerarquía, adaptar o modificar el contenido del manual de contratación, de manera que sea posible su armonización.

Finalmente, otra forma de llenar vacíos o de interpretar el contenido de los manuales de contratación, consiste en el uso de criterios de interpretación como la analogía, lo que resulta relevante en estos casos, toda vez que los manuales de las entidades exceptuadas suelen utilizar términos, expresiones o contenidos similares o idénticos a los establecidos frente a las entidades sometidas al EGCAP e inexistentes en las normas civiles o comerciales, de manera que la Agencia considera procedente acudir a la regulación del EGCAP para orientar la interpretación de los manuales de contratación cuando estos contienen expresiones a las cuales no se les asigna un significado especial. Esto resulta relevante en supuestos como el planteado por la peticionaria, donde se señala que un manual interno de contratación contiene como causal de contratación directa los «contratos interadministrativos», supuesto en el cual el manual podría desarrollar un significado propio de dicho concepto. Sin embargo, partiendo de la ausencia de desarrollo en cuanto a la precisión de dicho contenido, es posible acudir a la analogía para interpretar de forma adecuada tal contenido normativo, entendiendo dicha causal en la forma como está regulada en el EGCAP, con el alcance que se le dio en el numeral 2.2. de este concepto.

**3. Respuestas**

«A la luz del marco normativo vigente y aplicable a la Empresa Industrial y Comercial del Estado, en el marco de la estructuración del negocio pretendido y bajo las calidades indicadas y previstas en el proyecto de promesa de compraventa, ¿Cuál es la modalidad de contratación legalmente aplicable por la que se debe adelantar el pretendido negocio jurídico?».

Para responder las preguntas de la peticionaria se partirá de los presupuestos señalados en su solicitud, de donde resultan relevantes los transcritos en el numeral 1 de este concepto, destacando que se trata de definir la modalidad de contratación aplicable para la venta del inmueble por parte de una entidad de régimen especial a una sociedad fiduciaria de carácter privado que es la administradora de un patrimonio autónomo, en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado con otra entidad estatal –Cfr. numeral 2.1. de este concepto–. Además, allí se señaló, sin profundizar en la regulación general del reglamento interno de contratación de la entidad de régimen especial, que en su manual de contratación «consagra como causales de contratación directa: la adquisición de bienes inmuebles y la celebración de contratos interadministrativos».

De otro lado, y de forma preliminar, es necesario señalar que de conformidad con la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente es competente para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general. En tal sentido, su competencia se encuentra limitada por los criterios y requisitos establecidos en las disposiciones que le asignan dicha potestad, de manera que su ejercicio debe someterse a la norma habilitante, observando estrictamente el principio de legalidad.

En tal sentido, esta Agencia no tiene competencia para pronunciarse sobre casos particulares o juzgar la legalidad de las actuaciones concretas realizadas por las entidades estatales. Además, que a ellas les corresponde decidir la viabilidad jurídica, técnica y financiera de la suscripción del contrato que se analiza, sin perjuicio de las siguientes consideraciones.

Las entidades de régimen especial deben adelantar sus procesos contractuales de conformidad con la regulación establecida en sus manuales de contratación, de manera que deben someterse a las modalidades de selección que establezcan allí, las cuales deben establecerse en su reglamento interno de conformidad con las normas legales que apliquen a su actividad contractual sean generales o específicas –para ciertos contratos– de conformidad con las consideraciones señaladas en los numerales 2.3 y 2.4 de este concepto.

Ahora bien, a juicio de la Agencia el contrato que se pretende celebrar no se enmarca en las causales de contratación directa señaladas por la peticionaria como establecidas en el manual de contratación de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, pues, por un lado, no se trata de la *adquisición* de bienes inmuebles, sino de su venta o enajenación, lo que torna en inoperante dicha causal. Por otro lado, tampoco se trataría de la «celebración de contratos interadministrativos», bajo el presupuesto de que dicho manual no establezca una noción especial y particular de qué entender por dichos contratos, lo que justificaría aplicar por analogía el sentido que se le da a estos bajo el régimen del EGCAP, de manera que, según se explicó en la consideraciones del numeral 2.2., el contrato interadministrativo en el régimen jurídico vigente de la contratación estatal se define a partir de un criterio eminentemente subjetivo u orgánico. Por ello, un contrato se califica como interadministrativo cuando se celebra por parte de dos o más entidades estatales –o sea, por parte de órganos que tienen una naturaleza jurídica pública–, con prescindencia de las normas que regulen la relación contractual. En este sentido, partiendo del presupuesto señalado por la peticionaria en el entendido que este contrato se celebraría con una sociedad fiduciaria de «naturaleza privada y comercial», tornaría en inaplicable esta causal, pues uno de los extremos de la relación contractual no sería una entidad estatal o pública.

En este sentido, lo procedente en estos supuestos sería aplicar otra modalidad de contratación que la entidad de régimen especial tenga establecida en su manual de contratación y que subsuma el supuesto particular del contrato que se pretende celebrar. En todo caso, la entidad debe observar las modalidades prescritas en su manual de contratación, siempre que estas resulten acordes con las normas legales que le apliquen a la entidad de régimen especial, ya sea de forma general o especial para la celebración de ciertos contratos, como el que se analiza en específico.

En todo caso, como se señaló previamente, teniendo en cuenta que la función consultiva de esta Agencia solo versa sobre la interpretación de normas de alcance general, el análisis concreto sobre el contenido más conveniente de los manuales de contratación, al igual que la viabilidad jurídica, técnica y financiera sobre la celebración de un contrato en particular corresponde realizarlo a cada entidad estatal.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Expedido en respuesta a la Consulta con radicado No. 4201912000004359. [↑](#footnote-ref-2)
2. Expedido en respuesta a la Consulta con radicado No. 4201912000007305. [↑](#footnote-ref-3)
3. Así lo expresó el alto tribunal: «Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-4)
4. El concepto citado afirmó: «No obstante, lo expresado por la Corte Constitucional, para la Sala la primera parte del texto del inciso 1º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, aunque declarado inexequible, sí indica que el espíritu de la ley era limitar la contratación de las entidades estatales a sólo dos figuras fiduciarias: la fiducia pública y el encargo fiduciario. Esta apreciación la refuerza el inciso 8º de la misma norma, por cuanto al expresar “La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley …”, y un poco más adelante, en la parte final “A la fiducia pública le será aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”, indica en forma nítida que el contrato de fiducia a que se refiere es a la pública y no a la mercantil. Por consiguiente no autorizó dicha ley la fiducia mercantil con aplicación de las normas de la ley 80, sino al revés, la fiducia pública con aplicación de las compatibles del Código de Comercio.

»[...].

»Sin embargo, para casos especiales la ley puede autorizar la celebración por entidades estatales de la fiducia mercantil. La propia ley 80 de 1993 en su artículo 41 parágrafo 2º inciso 2º consigna la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales». [↑](#footnote-ref-5)
5. «Artículo 67. Aeropuerto del Café – AEROCAFÉ. Los recursos destinados al desarrollo del Proyecto del Aeropuerto del Café – AEROCAFÉ, serán ejecutados a través de un patrimonio autónomo que para tal efecto constituya la Aeronáutica Civil.

»El patrimonio autónomo podrá recibir aportes del Gobierno nacional, del departamento de Caldas y de sus municipios; y aceptar donaciones del sector público o privado, nacional e internacional. Así mismo, podrá celebrar operaciones de financiamiento interno o externo a nombre del patrimonio autónomo para lo cual la Nación o las entidades territoriales podrán otorgar los avales o garantías respectivas, hasta por el monto de los aportes que cada uno se haya comprometido.

»El régimen de contratación y administración de sus recursos se regirá por el derecho privado, con plena observancia de los principios de transparencia, economía, igualdad y publicidad, definidos por la Constitución y la Ley. El control fiscal de los recursos lo ejercerá la Contraloría General de la República». [↑](#footnote-ref-6)
6. En dicho Concepto, el Consejo de Estado señaló: «Ahora bien, en cuanto al cuestionamiento sobre la interpretación de la parte final del inciso 8º del numeral 5º del artículo 32, transcrito en el párrafo anterior, habría que entender que a la fiducia pública se le deben aplicar las normas contenidas en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, con las siguientes cuatro salvedades:

»1) La fiducia pública no implica transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitidos.

»2) Tampoco constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad de la fiducia, en manos de la sociedad fiduciaria.

»3) La adjudicación de los subcontratos debe ser realizada por la entidad estatal fideicomitente.

»4) No se puede pactar que la comisión de la sociedad fiduciaria sea tomada de los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados». [↑](#footnote-ref-7)
7. En sitio web: [https://relatoria.blob.core.windows.net/$web/files/conceptos-juridicos/CGR-OJ-0084-2017.PDF](https://relatoria.blob.core.windows.net/%24web/files/conceptos-juridicos/CGR-OJ-0084-2017.PDF) [↑](#footnote-ref-8)
8. «[…] el artículo 669 del Código Civil instaura que el dominio o propiedad es un derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella contra derecho ajeno. Transferir la propiedad de los recursos del Estado sin que medie la finalidad prescrita por la Constitución para los mismos, indudablemente atenta contra derechos colectivos. Por ello, entre otras cosas, en el contrato de fiducia sobre recursos del Estado no se puede transferir el dominio pleno sobre ese bien que son los recursos públicos. Tampoco será aceptable en el ordenamiento jurídico colombiano que se mantenga izado un acuerdo que pretenda burlar la vigilancia o control sobre recursos del Estado; la simple formalidad sede necesariamente ante la materialidad de los hechos, en este orden ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que donde quiera que hayan recursos públicos debe estar siempre presente la vigilancia y el control fiscal». [↑](#footnote-ref-9)
9. «El Estado transfiere para su administración unos recursos públicos, pero es diáfano que la administración es diferente al dominio. El titular del derecho de dominio sobre los recursos sigue siendo el Estado, sin que por el hecho de realizar un contrato de fiducia, que es esencialmente instrumental, pierda tal calidad. El artículo 1244 del Código de Comercio es ilustrativo para esclarecer este punto: “Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”.

»La razón de ser de la fiducia mercantil en este caso, es acudir a un administrador de los recursos públicos, no transferir sobre los mismos el derecho de propiedad o dominio». [↑](#footnote-ref-10)
10. «Artículo 1234. Otros deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

»[…].

»8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses». [↑](#footnote-ref-11)
11. «Artículo 1236. derechos del fiduciante. Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos: »[…].

»4) Exigir rendición de cuentas». [↑](#footnote-ref-12)
12. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-13)
13. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-14)
14. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

[…]». [↑](#footnote-ref-15)
15. Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu». [↑](#footnote-ref-16)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-17)
17. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-18)
18. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-19)
19. Es el caso de: i) las empresas sociales del Estado (art. 195, num. 6, Ley 100/1993), ii) las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 31 y 32, Ley 142/94); iii) las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, siempre que las tres entidades mencionadas anteriormente se encuentren en competencia con el sector público o privado, a nivel nacional o internacional, o ejerzan su actividad en un mercado regulado (art. 14, Ley 1150/07); iv) las universidades públicas (art. 93, Ley 30/92); entre otras.

 [↑](#footnote-ref-20)
20. Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-21)
21. Así lo sostuvo el Consejo de Estado: «Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

»Lo anterior explica por qué en el derecho privado las partes no pueden condicionar la existencia de un contrato, que por ley sea consensual, al hecho de que conste por escrito; ni uno que requiere escritura pública al hecho de que el acuerdo verbal sea suficiente. Esto significa que si la ley impuso formalidades especiales para que exista un contrato, las partes no sólo no pueden obviarlas, sino que tampoco las pueden incrementar o adicionar; y a la inversa, si la ley no estableció formalidades especiales para que exista determinado negocio, las partes no las pueden crear con ese propósito –aunque sí podrían hacerlo para otros efectos, pero no para que exista el acuerdo de voluntades- […]. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 25.801). [↑](#footnote-ref-22)
22. Sobre el concepto de *lagunas* en el sistema normativo, es decir, de *vacíos* de regulación, puede verse: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Filosofía del Derecho. 17ª ed. México: Porrúa, 2011. pp. 222-245. [↑](#footnote-ref-23)
23. Identificada con la referencia G-EEREC-01 y publicada en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_regimen\_especial.pdf [↑](#footnote-ref-24)
24. Bien por la reserva legal de las materias o porque no las reguló. [↑](#footnote-ref-25)
25. El artículo 1º del Código de Comercio establece que: «Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas»; mientras que el artículo 2º señala que: «En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil». Esto significa que en el derecho privado las normas comerciales prevalecen sobre las civiles en asuntos mercantiles. [↑](#footnote-ref-26)
26. «La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

»En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior» (art. 3 del Código de Comercio). [↑](#footnote-ref-27)
27. Dentro de tales principio se encuentran, por ejemplo, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Ver: https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf [↑](#footnote-ref-28)