**CCE-DES-FM-17**

**ENTIDADES EXCEPTUADAS – Régimen especial – Noción**

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 propia 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 las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, 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.

**ENTIDADES EXCEPTUADAS – Contratación – Recursos públicos – Ley 1150 de 2007**

A partir de la caracterización de los regímenes especiales efectuada con anterioridad surge, por tanto, la pregunta de si las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se rigen por la totalidad de los artículos de la Ley 1150 de 2007. Esto por cuanto el artículo 1 de este cuerpo normativo establece que «La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos». En consecuencia, si la contratación que realiza una entidad estatal excluida del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública conlleva la inversión de recursos públicos, ¿esto significa que debe aplicar todos los artículos de la Ley 1150 de 2007?

La respuesta es negativa. El hecho de que el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007 establezca que rige sobre la contratación con recursos públicos no debe interpretarse como una aplicación plena o en bloque de dicha ley a las entidades que tienen un régimen especial. Una conclusión diferente implicaría afirmar que la Ley 1150 de 2007 sujetó a todas las entidades estatales al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por ejemplo, a la realización de los procedimientos de selección previstos en el artículo 2 de dicha Ley. Si así fuera, una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios tendría que adelantar selecciones abreviadas o concursos de méritos en los mismos términos señalados en el artículo 2 de la citada Ley. Sin embargo, esta conclusión no resultaría válida, pues los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 –que es una Ley especial en la materia–, dispuso un régimen de derecho privado para tales empresas, en materia contractual.

**SANCIONES CONTRACTUALES – Entidades sometidas – Competencia – Principio de legalidad**

[…], el marco regulatorio prescrito por el legislador para efectos de imponer multas a los contratistas se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en virtud del cual se faculta expresamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para hacer efectivas las sanciones que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, garantizando en todo caso el debido proceso.

En concordancia con lo anterior, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 establece el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, dirigido específicamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, aquellas entidades que, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, se regulan por dicho estatuto y las normas que lo modifiquen y reglamenten. De esta manera, las entidades estatales que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no son destinatarias de la normativa citada, de tal suerte que no resultaría viable la aplicación del procedimiento de imposición de multas de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en su actividad contractual.

**SANCIONES CONTRACTUALES – Patrimonios autónomos – Entidades exceptuadas – Falta de competencia**

[…] esta Subdirección considera que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley para que sea viable su ejercicio y se debe regular previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso.

En consecuencia, los patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras estatales no pueden aplicar las disposiciones consagradas en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 ni en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, pues, al no estar la entidad fideicomitente sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública carece de facultad sancionatoria. Por ende, mucho menos el patrimonio autónomo podrá hacer uso de las disposiciones que se restringen a las entidades de dicho estatuto.

Bogotá, 21 Enero 2022



Señor

**Cristian Camilo Niño Fonseca**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 717 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ENTIDADES EXCEPTUADAS – Régimen especial – Noción / ENTIDADES EXCEPTUADAS – Contratación – Recursos públicos – Ley 1150 de 2007 / SANCIONES CONTRACTUALES – Entidades sometidas – Competencia – Principio de legalidad / SANCIONES CONTRACTUALES – Patrimonios autónomos – Entidades exceptuadas – Falta de competencia. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20211209011361 |
|  |  |

Estimado señor Niño Fonseca:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º; y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 9 de diciembre de 2021.

1. **Problemas planteados**

En la consulta formulada por usted se identifican los siguientes interrogantes relacionados con la imposición de multas de manera unilateral por parte de patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras estatales:

1. «[¿]Que (sic) interpretación acoge la Agencia respecto a lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 1150 de 2007, cuando textualmente en la norma se señala que el “objeto” de la misma es: “(…) introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos?».

2. «Conforme a lo señalado en el artículo 1 de la ley 1150 de 2007 (ver consideración g), los Patrimonios Autónomos en su condición de parte contratante, una vez surtido el debido proceso, ¿podrían o no aplicar lo dispuesto en el artículo 17 del señalado ordenamiento, es decir, tener la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones contractuales y sin necesidad de acudir al juez del contrato para su imposición?».

3. «Conforme a lo señalado en el considerando i, los Patrimonios Autónomos en su condición de parte contratante, una vez surtido el debido proceso, ¿podrían o no imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones contractuales y sin necesidad de acudir al juez del contrato para su imposición?».

4. «En caso de que ninguna de las dos alternativas anteriores sea posible desde el punto de vista jurídico, ¿cuál es el criterio o tratamiento jurídico que acoge la Agencia para la aplicación e imposición de multas pactadas en contratos para el desarrollo de infraestructura pública en los que la parte contratante es un Patrimonio Autónomo, cuyo vocero a la vez responde a una Entidad Fiduciaria (pública o privada), y cuyo régimen de contratación es propio del derecho privado?».

1. **Consideraciones**

Antes de resolver su consulta, es necesario considerar que, en ejercicio de las facultades establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Por ello, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, haciendo abstracción de las consideraciones particulares explicadas en la solicitud– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. En ese sentido, se analizarán los siguientes aspectos: i) regímenes especiales en la contratación estatal e imposibilidad de aplicar todos los artículos de la Ley 1150 de 2007 a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que contraten «con recursos públicos», ii) régimen sancionatorio contractual de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y iii) falta de competencia de los patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas de régimen especial para aplicar unilateralmente sanciones contractuales.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el alcance e interpretación del artículo 1 de la Ley 1150 de 2007 en el concepto C-185 del 29 de abril de 2021. Por otro lado, el asunto relacionado con la imposición unilateral de multas ha sido abordado previamente por la Agencia en los conceptos con radicado No. 2202013000005840 de 6 de julio de 2020, 2202013000006874 de 29 de julio de 2020, 2202013000007336 de 11 de agosto de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-699 del 30 de noviembre de 2020 y C-639 del 14 de diciembre de 2021. En lo pertinente, la tesis y argumentos expuestos en dichos conceptos se reiteran a continuación:

**2.1. Regímenes especiales en la contratación estatal e imposibilidad de aplicar *todos* los artículos de la Ley 1150 de 2007 a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que contraten «con recursos públicos»**

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 propia 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 las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, 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[[1]](#footnote-2).

 No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión 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:

[...] 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[[2]](#footnote-3).

Considerando 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. Dentro de estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

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, se debe tener en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece, como sucede con las empresas sociales del Estado. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente[[3]](#footnote-4).

Como se explicó, el hecho de que algunas entidades estatales se rijan por el derecho privado en materia contractual no puede entenderse como una negación de lo que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Este enunciado normativo significó un «retorno del derecho administrativo» para las entidades excluidas, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal[[4]](#footnote-5).

Adicionalmente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial[[5]](#footnote-6), exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[[6]](#footnote-7)– 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. En otras palabras, 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, pues 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, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv) causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) 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[[7]](#footnote-8).

A partir de la caracterización de los regímenes especiales efectuada con anterioridad surge, por tanto, la pregunta de si las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se rigen *por la totalidad* de los artículos de la Ley 1150 de 2007. Esto por cuanto el artículo 1 de este cuerpo normativo establece que «La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos». En consecuencia, si la contratación que realiza una entidad estatal excluida del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública conlleva la inversión de recursos públicos, ¿esto significa que debe aplicar todos los artículos de la Ley 1150 de 2007?

La respuesta es negativa. El hecho de que el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007 establezca que rige sobre la contratación con recursos públicos no debe interpretarse como una aplicación plena o en bloque de dicha ley a las entidades que tienen un régimen especial. Una conclusión diferente implicaría afirmar que la Ley 1150 de 2007 sujetó a todas las entidades estatales al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; por ejemplo, a la realización de los procedimientos de selección previstos en el artículo 2 de dicha Ley. Si así fuera, una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios tendría que adelantar selecciones abreviadas o concursos de méritos en los mismos términos señalados en el artículo 2 de la citada Ley. Sin embargo, esta conclusión no resultaría válida, pues los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 –que es una Ley especial en la materia–, dispuso un régimen de derecho privado para tales empresas, en materia contractual.

Dos argumentos adicionales impiden considerar que *siempre* la contratación con recursos públicos realizada por una entidad que goza de un régimen especial debe sujetarse *plenamente* –es decir, en todos sus artículos– a la Ley 1150 de 2007. El primero es que esta misma Ley, en algunas disposiciones, define sujetos específicos como sus destinatarios, empleando el criterio del régimen jurídico contractual aplicable a estos. Esto sucede, verbigracia, con el artículo 17, que confiere las potestades sancionatorias consagradas en él a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, esto dice la norma: «En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde *a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones». Por ende, si una entidad estatal no está sujeta a dicho Estatuto, no podrá aplicar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para atribuirse una potestad sancionatoria. Esta idea resulta relevante, porque, precisamente, responde la consulta que se analiza en el presente concepto.

El segundo argumento que apoya la interpretación de esta Agencia –según el cual la expresión «contratación con recursos públicos», contenida en el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007, no significa que todas las normas de esta Ley les sean aplicables a los sujetos que tienen un régimen contractual especial–, es que el artículo 13 de la mencionada Ley permite concluir que el Legislador excluyó a dichas entidades de la mayoría de reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Estatuto del que es parte la Ley 1150 de 2007–. En efecto, el referido artículo 13 señala que:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Como puede observarse, en el citado artículo el Legislador señaló los preceptos específicos que las entidades con régimen especial de contratación deben acatar. Si hubiera querido que estas entidades aplicaran todos los artículos de la Ley 1150 de 2007 lo hubiese establecido. Por ejemplo, si su intención hubiera sido que adelantaran los procedimientos de selección regulados en el artículo 2 o que aplicaran unilateralmente las sanciones previstas en el artículo 17 –ambos de la Ley en comento– lo habría agregado, pero no lo hizo. Contrariamente, en el artículo 13 el Legislador distinguió, dejando por fuera muchas normas, y esa diferenciación debe tenerse en cuenta al momento de precisar el sentido del ámbito de aplicación contenido en el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007.

Por consiguiente, el sentido de este enunciado normativo puede expresarse así: cuando el legislador indica que «La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos», significa que en la Ley 1150 de 2007 hay una mixtura de normas: i) algunas dirigidas específicamente a entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –como los artículos 2 y 17, por ejemplo–, ii) otras referidas a entidades exceptuadas –como los artículos 15 y 16– y iii) otras que son transversales a la contratación con recursos públicos –como sucede con el artículo 3–. Así pues, se deben emplear los criterios hermenéuticos frente a cada artículo de la Ley 1150 de 2007, para saber qué entidades estatales son sus destinatarias, en lugar de afirmar que todos los artículos de dicha Ley se aplican en bloque a cualquier entidad estatal que contrate con recursos públicos independientemente de su régimen jurídico.

Los anteriores comentarios resultan pertinentes porque en la consulta se indaga por la posibilidad de que los patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública apliquen las potestades sancionatorias previstas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En relación con esa inquietud, la Agencia considera importante precisar que las facultades sancionatorias consagradas en dicho artículo solo se conceden a las entidades *sometidas* a la Ley 80 de 1993, en los términos que se explica a continuación.

**2.2. Régimen sancionatorio contractual de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

De conformidad con el artículo tercero de la Ley 80 de 1993, las entidades deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas. De esta manera, para la consecución de dichos fines, al celebrar un contrato tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución de este.

 Esto implica que las autoridades administrativas están revestidas de facultades sancionatorias que les permiten, entre otras cosas, el ejercicio de potestades coercitivas en eventos de incumplimiento de las obligaciones contractualmente pactadas que afecten la ejecución de los cometidos estatales. Estas potestades en todo caso deben ejercerse conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que:

La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias. […]

De otra parte, la potestad sancionadora, al igual que ocurre con otras potestades reconocidas a la Administración, sólo se puede concebir bajo el postulado según el cual la actividad administrativa se halla supeditada al derecho. Es decir, no se trata de un poder aislado sino sometido en todo momento al principio de legalidad. […]

Visto lo anterior, la potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción[[8]](#footnote-9).

 En este sentido, conviene precisar que hay diversos mecanismos de dirección y coerción para el cumplimiento de fines contractuales, dentro de los cuales se encuentra prevista la multa, cuyo objetivo fundamental es apremiar al contratista al cumplimiento de la prestación incumplida durante la ejecución del contrato. El Consejo de Estado ha señalado que: «En el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia contractual se han identificado varios tipos a saber: (i) sanciones pecuniarias como la efectividad de la cláusula penal; (ii) sanciones rescisorias como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) sanciones coercitivas como la imposición de multas»[[9]](#footnote-10).

 Por su parte, el régimen sancionatorio se edifica sobre los principios de legalidad y de autonomía de la voluntad de las partes, «el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción»[[10]](#footnote-11) . En lo que respecta a la imposición unilateral de multas, el Consejo de Estado ha indicado que:

La imposición unilateral de multas al tratarse de una competencia pública debe fundarse en el principio de legalidad previsto en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual será legítima toda actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones[[11]](#footnote-12).

 Bajo estos parámetros, el marco regulatorio prescrito por el legislador para efectos de imponer multas a los contratistas se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en virtud del cual se faculta expresamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para hacer efectivas las sanciones que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, garantizando en todo caso el debido proceso.

 En concordancia con lo anterior, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 establece el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento, dirigido específicamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, aquellas entidades que, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo segundo de la Ley 80 de 1993, se regulan por dicho estatuto y las normas que lo modifiquen y reglamenten. De esta manera, las entidades estatales que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no son destinatarias de la normativa citada, de tal suerte que no resultaría viable la aplicación del procedimiento de imposición de multas de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en su actividad contractual.

**2.3. Falta de competencia de los patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas de régimen especial para aplicar unilateralmente sanciones contractuales**

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[[12]](#footnote-13), 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 sentencia C-086 de 1995, al señalar que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio[[13]](#footnote-14).

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, 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[[14]](#footnote-15).

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».

Por otra parte, en cualquier negocio fiduciario, por orden del artículo 1.234 del Código de Comercio[[15]](#footnote-16), 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[[16]](#footnote-17). Por ello la entidad no pierde la vigilancia sobre los recursos públicos.

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. Aun 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».

Ahora bien, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes y las normas de derecho privado que usualmente rigen la contratación de patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras, estos podrán pactar las cláusulas que consideren necesarias para lograr el cumplimento de sus intereses. Sin embargo, estos patrimonios encuentran limitantes, toda vez que, al no ceñirse por la normativa general de contratación pública, no se encuentran facultados para determinar procedimientos excepcionales como la aplicación unilateral de multas o cláusulas penales o la imposición de procedimientos sancionatorios, pues su estipulación no puede ser atribuida exclusivamente a la autonomía de las partes. El Consejo de Estado reafirma lo anterior, explicando lo siguiente:

En efecto, con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato regido por el derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de declarar incumplida a la otra parte, ni el de establecer el valor de tal incumplimiento, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en esa clase de relación negocial; por consiguiente, le corresponde al juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado en juicio, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que indiquen el incumplimiento del mismo[[17]](#footnote-18).

Por tal motivo, esta Subdirección considera que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley para que sea viable su ejercicio y se debe regular previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso[[18]](#footnote-19).

En consecuencia, los patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras estatales no pueden aplicar las disposiciones consagradas en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 ni en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, pues al no estar la entidad fideicomitente sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública carece de facultad sancionatoria. Por ello, mucho menos el patrimonio autónomo podrá hacer uso de las disposiciones que se restringen a las entidades de dicho estatuto.

 En efecto, el parágrafo del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, «Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones», aplicable a los patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras, establece que «El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para *realizar actos* o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales». Es decir, si el fideicomitente no está facultado para expedir actos administrativos que impongan multas o cláusula penal de manera unilateral, el patrimonio autónomo conformado por esta entidad estatal tampoco puede hacer uso de estas facultades, pues la citada norma lo prohíbe. Por tanto, cuando el artículo 15 de la ley 1150 de 2007 excluye expresamente a las entidades financieras estatales del EGCAP[[19]](#footnote-20), ello implica que tanto estas como sus patrimonios autónomos no podrán aplicar el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, ni el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

En conclusión, los poderes excepcionales atribuidos a la administración pública únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza, especialmente teniendo en cuenta que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y los reglamentos.

Así las cosas, para hacer efectiva la multa que se pacte en los contratos que celebren los patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras, deberá acudirse al juez del contrato, puesto que estos no cuentan con la autorización legal para imponerlas de manera unilateral. Por tanto, se explicó en el considerando anterior, tampoco resulta aplicable el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en tanto que este rige únicamente para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, descartando así a las entidades y patrimonios autónomos que cuentan con régimen especial de contratación.

Además, como se indicó con anterioridad, i) de la circunstancia de que el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007 establezca que esta contiene disposiciones generales que rigen la contratación realizada *con recursos públicos* y ii) del hecho de que el patrimonio autónomo administre recursos de esta naturaleza, no puede deducirse que, por lo tanto, el artículo 17 de dicha Ley –que consagra la posibilidad de aplicar unilateralmente multas y cláusulas penales pecuniarias– conceda facultades sancionatorias a los patrimonios autónomos cuya contratación se rige por el derecho privado. Esto por cuanto, como se señaló, el primer inciso del referido artículo 17 dispone que dichas potestades se confieren exclusivamente a las entidades estatales *sometidas* al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no a las exceptuadas de este.

Finalmente, cabe señalar que, teniendo en cuenta que las cláusulas contractuales de apremio tienen una naturaleza punitiva y, en virtud de estas, se pacta anticipadamente la sanción pecuniaria a la parte incumplida, las partes participantes en una relación contractual enmarcada en el régimen especial se encuentran facultadas para incluirla dentro de sus contratos en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, para efectos de hacer efectivas las consecuencias que se desprenden de la cláusula de apremio resulta necesario, por regla general, acudir al juez del contrato, por cuanto es este quien tiene la facultad de determinar si existe un incumplimiento y, en tal caso, aplicar las sanciones pactadas en el contrato.

**3. Respuesta**

1. «[¿]Que (sic) interpretación acoge la Agencia respecto a lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 1150 de 2007, cuando textualmente en la norma se señala que el “objeto” de la misma es: “(…) introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos?».

El hecho de que el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007 establezca que rige sobre la contratación *con recursos públicos* no debe interpretarse como una aplicación plena o en bloque de dicha ley a las entidades que tienen un régimen especial. Una conclusión diferente implicaría afirmar que la Ley 1150 de 2007 sujetó a todas las entidades estatales al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por ejemplo, a la realización de los procedimientos de selección previstos en el artículo 2 de dicha Ley. Si así fuera, una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios tendría que adelantar selecciones abreviadas o concursos de méritos en los mismos términos señalados en el artículo 2 de la citada Ley. Sin embargo, esta conclusión no resultaría válida, pues los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 –que es una Ley especial en la materia–, dispuso un régimen de derecho privado para tales empresas, en materia contractual.

Dos argumentos adicionales impiden considerar que *siempre* la contratación con recursos públicos realizada por una entidad que goza de un régimen especial debe sujetarse *plenamente* –es decir, en todos sus artículos– a la Ley 1150 de 2007. El primero es que esta misma Ley, en algunas disposiciones, define sujetos específicos como sus destinatarios, empleando el criterio del régimen jurídico contractual aplicable a estos. Esto sucede, verbigracia, con el artículo 17, que confiere las potestades sancionatorias consagradas en él a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, esto dice la norma: «En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde *a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones». Por ello, si una entidad estatal no está sujeta a dicho Estatuto, no podrá aplicar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para atribuirse una potestad sancionatoria. Esta idea es relevante, porque precisamente, responde la consulta que se analiza mediante el presente concepto.

El segundo argumento que apoya la interpretación de esta Agencia –según el cual la expresión «contratación con recursos públicos», contenida en el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007, no significa que todas las normas de esta Ley les sean aplicables a los sujetos que tienen un régimen contractual especial–, es que el artículo 13 de la mencionada Ley permite concluir que el Legislador excluyó a dichas entidades de la mayoría de reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Estatuto del que es parte la Ley 1150 de 2007–.

En el citado artículo el Legislador señaló los preceptos específicos que las entidades con régimen especial de contratación deben acatar. Si hubiera querido que estas entidades aplicaran todos los artículos de la Ley 1150 de 2007 lo hubiese establecido. Por ejemplo, si su intención hubiera sido que adelantaran los procedimientos de selección regulados en el artículo 2 o que aplicaran unilateralmente las sanciones previstas en el artículo 17 –ambos de la Ley en comento– lo habría agregado, pero no lo hizo. Contrariamente, en el artículo 13 el Legislador distinguió, dejando por fuera muchas normas, y esa diferenciación debe tenerse en cuenta al momento de precisar el sentido del ámbito de aplicación contenido en el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007.

Por consiguiente, el sentido de este enunciado normativo puede expresarse así: cuando el legislador indica que «La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos», significa que en la Ley 1150 de 2007 hay una mixtura de normas: i) algunas dirigidas específicamente a entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –como los artículos 2 y 17, por ejemplo–, ii) otras referidas a entidades exceptuadas –como los artículos 15 y 16– y iii) otras que son transversales a la contratación con recursos públicos –como sucede con el artículo 3–. Así pues, se deben emplear los criterios hermenéuticos frente a cada artículo de la Ley 1150 de 2007, para saber qué entidades estatales son sus destinatarias, en lugar de afirmar que todos los artículos de dicha Ley se aplican en bloque a cualquier entidad estatal que contrate con recursos públicos independientemente de su régimen jurídico.

2. «Conforme a lo señalado en el artículo 1 de la ley 1150 de 2007 (ver consideración g), los Patrimonios Autónomos en su condición de parte contratante, una vez surtido el debido proceso, ¿podrían o no aplicar lo dispuesto en el artículo 17 del señalado ordenamiento, es decir, tener la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones contractuales y sin necesidad de acudir al juez del contrato para su imposición?».

3. «Conforme a lo señalado en el considerando i, los Patrimonios Autónomos en su condición de parte contratante, una vez surtido el debido proceso, ¿podrían o no imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones contractuales y sin necesidad de acudir al juez del contrato para su imposición?».

4. «En caso de que ninguna de las dos alternativas anteriores sea posible desde el punto de vista jurídico, ¿cuál es el criterio o tratamiento jurídico que acoge la Agencia para la aplicación e imposición de multas pactadas en contratos para el desarrollo de infraestructura pública en los que la parte contratante es un Patrimonio Autónomo, cuyo vocero a la vez responde a una Entidad Fiduciaria (pública o privada), y cuyo régimen de contratación es propio del derecho privado?».

Los patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras estatales no pueden aplicar las disposiciones consagradas en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 ni en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, pues, al no estar la entidad fideicomitente sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública carece de facultad sancionatoria. Por tanto, mucho menos el patrimonio autónomo podrá hacer uso de las disposiciones que se restringen a las entidades de dicho estatuto.

 En efecto, el parágrafo del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, «Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones», aplicable a los patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras, establece que «El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para *realizar actos* o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales». Es decir, si el fideicomitente no está facultado para expedir actos administrativos que impongan multas o cláusula penal de manera unilateral, el patrimonio autónomo conformado por esta entidad estatal tampoco puede hacer uso de estas facultades, pues la citada norma lo prohíbe. Por tanto, cuando el artículo 15 de la ley 1150 de 2007 excluye expresamente a las entidades financieras estatales del EGCAP, ello implica que tanto estas como sus patrimonios autónomos no podrán aplicar el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, ni el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

En conclusión, los poderes excepcionales atribuidos a la administración pública únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza, especialmente teniendo en cuenta que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y los reglamentos.

Así las cosas, para hacer efectiva la multa que se pacte en los contratos que celebren los patrimonios autónomos constituidos por entidades financieras, deberá acudirse al juez del contrato, puesto que estos no cuentan con la autorización legal para imponerlas de manera unilateral. Por tanto, se explicó en el considerando anterior, tampoco resulta aplicable el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en tanto que este rige únicamente para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, descartando así a las entidades y patrimonios autónomos que cuentan con régimen especial de contratación.

Además, como se indicó en las consideraciones de este concepto, i) de la circunstancia de que el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007 establezca que esta contiene disposiciones generales que rigen la contratación realizada *con recursos públicos* y ii) del hecho de que el patrimonio autónomo administre recursos de esta naturaleza, no puede deducirse que, por lo tanto, el artículo 17 de dicha Ley –que consagra la posibilidad de aplicar unilateralmente multas y cláusulas penales pecuniarias– concede facultades sancionatorias a los patrimonios autónomos cuya contratación se rige por el derecho privado. Esto por cuanto, como se señaló, el primer inciso del referido artículo 17 dispone que dichas potestades se confieren exclusivamente a las entidades estatales *sometidas* al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no a las exceptuadas de este.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres RojasContratista de la Subdirección de Gestión ContractualCristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-2)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-3)
3. Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Legis - Universidad de la Sabana, primera edición, Bogotá, 2019.

 [↑](#footnote-ref-4)
4. Este fenómeno también se ha presentado, en los últimos años, en España. Al respecto, ver: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El retorno del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública. Nº 216 (2018). Disponible en: https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/67033. [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. 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-7)
7. 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-. Lo expresado hasta ahora debe entenderse en los siguientes sentidos:

»a. Si la norma aplicable al contrato es la Ley 80, los requisitos de perfeccionamiento son los que ella establezca; de manera que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad –que autorizan los arts. 13, 32 y 40- no pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»b. Si la norma aplicable al contrato estatal es el derecho privado más los principios de la función administrativa, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero). [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 22 de octubre de 2012. Consejero Ponente Doctor Enrique Gil Botero. Exp No. 20738. [↑](#footnote-ref-9)
9. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, radicado número 25000-23-26-000-1995-01699-01(17936). Consejera Ponente Doctora Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-10)
10. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Expediente número 17.009. Consejero Ponente Doctor Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-11)
11. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, providencia de 10 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157). [↑](#footnote-ref-12)
12. Dicho numeral establece: «Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

»Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

»Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

»Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

»[Inciso modificado por el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007] La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

»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.

»Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

»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.

»A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

»So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato». [↑](#footnote-ref-13)
13. 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-14)
14. 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-15)
15. «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-16)
16. «Artículo 1236. derechos del fiduciante. Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos: »[…].

»4) Exigir rendición de cuentas». [↑](#footnote-ref-17)
17. Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 34.367, sentencia del 21 de octubre de 1994, expediente 9288. [↑](#footnote-ref-18)
18. Cfr. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, Concepto C-219 del 24 de abril del 2020. [↑](#footnote-ref-19)
19. «ARTÍCULO 15. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS ESTATALES. El parágrafo 1o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

»Artículo 32.

(...)

»Parágrafo 1o. 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.» [↑](#footnote-ref-20)