**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».

**FIDUCIA MERCANTIL – Patrimonio autónomo – proyectos de vivienda de interés prioritario – régimen aplicable – derecho privado**

[…] el régimen aplicable a las actividades contractuales que desarrollen los patrimonios autónomos constituidos para la administración de los recursos destinados a los proyectos de vivienda de interés social prioritario es el del derecho privado, y entre tales actividades contractuales se encuentra, sin duda, el adelantamiento de los procesos de selección y convocatoria de sus contratistas, tal y como queda claramente establecido en la norma que se comenta cuando indica que tales patrimonios «[…] podrán adelantar procesos de convocatoria y selección de los constructores interesados en desarrollar los proyectos de vivienda y/o para la adquisición de proyectos de Vivienda de Interés Prioritario. Tales procesos se rigen por el derecho privado […]».

**LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Personas jurídicas de derecho privado – Documentos tipo – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

De conformidad con los dos primeros incisos del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, las entidades estatales de régimen especial o exceptuado, los patrimonios autónomos, las personas naturales y jurídicas de derecho privado, que en el marco de compromisos contractuales derivados de contratos o convenios de cualquier índole con entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deban contratar objetos cobijados por el ámbito de los documentos tipo, están obligadas a contratarlos aplicando los mencionados documentos. En virtud de dicha disposición, tales entidades, además, deberán adelantar el Proceso de Contratación y celebrar el contrato conforme al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**CCE-DES-FM-17**



Bogotá D.C.,

Señora

**Alexandra Jaramillo Díaz**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 483 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | FIDUCIA MERCANTIL ― Concepto ― Características / FIDUCIA MERCANTIL ― Fiducia pública ― Patrimonio autónomo ― Diferencias / FIDUCIA MERCANTIL – Patrimonio autónomo – proyectos de vivienda de interés prioritario – régimen aplicable – derecho privado / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 56 – Personas jurídicas de derecho privado – Documentos tipo – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220610005826   |

Estimada señora Jaramillo:

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 10 de junio del 2022.

1. **Problema planteado**

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

1. Los contratos suscritos por estos patrimonios autónomos cuyo fideicomitente es FINDETER, para la ejecución de los contratos de obra de vivienda de interés social, con recursos públicos pues son subsidios para vivienda de interés social, ¿son contratos estatales?
2. Los contratos suscritos por estos patrimonios autónomos cuyo fideicomitente es FINDETER, para la ejecución de los contratos de obra de vivienda de interés social, con recursos públicos pues son subsidios para vivienda de interés social, ¿son contratos de fiducia pública sometidos al Estatuto General de Contratación en aplicación del artículo 32?
3. Se consideraría que ¿en este caso los Patrimonios Autónomos cuyo fideicomitente es FINDETER, son particulares que ejercen funciones propias del Estado pues suscriben contratos de obra de vivienda con recursos públicos?
4. De ser contratos estatales, ¿su régimen de contratación es derecho privado? O ¿están sometidos al Estatuto General de Contratación por ser contratos de obra?
5. De ser estos contratos estatales bajo régimen excepcional de derecho privado, ¿Pueden ser objeto de aplicación de multas por el patrimonio autónomo y las mismas hacerse efectivas por este dentro del contrato?
6. De ser estos contratos estatales bajo régimen excepcional de derecho privado, ¿Pueden cobrarse la cláusula penal por el patrimonio autónomo y esta hacerse efectivas dentro del contrato de manera directa por el patrimonio autónomo?
7. Ante qué jurisdicción debe iniciarse cualquier acción contra este tipo de contratos, ¿ante la jurisdicción contenciosa administrativa en virtud de una acción contractual en aplicación del artículo 104 y 105?

[…]

O ¿ante la jurisdicción civil ordinaria, en aplicación del articulo 20, numeral 11 del CGP?

8. ¿Existe variación en la postura, con ocasión de lo consagrado en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022?

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal 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 ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

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[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato estatal en específico.

En este contexto, es necesario tener en cuenta que esta Agencia no es competente para pronunciarse sobre aspectos relativos al ejercicio de funciones públicas por particulares ni respecto a la competencia para efectos de las controversias jurisdiccionales. Estos aspectos son ajenos al sistema de compras y contratación pública, por lo que Agencia tampoco carece de atribuciones para interpretar el alcance de los artículos de la Ley 489 de 1998 que definen el marco jurídico para ejercicio de funciones administrativas por particulares ni para definir la competencia judicial en los términos de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012.

 Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección responderá su consulta dentro de los límites de su competencia, en un sentido *general* y *abstracto*, previo análisis de los siguientes temas: i) el contrato de fiducia mercantil y capacidad contractual de los patrimonios autónomos, ii) el régimen de los patrimonios autónomos constituidos para el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social y de interés prioritario y iii) alcance del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 frente a la implementación obligatoria del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de los documentos tipo en la contratación de las entidades estatales exceptuadas y particulares.

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[[2]](#footnote-3) del 8 de agosto de 2019 y 2201913000008612[[3]](#footnote-4) del 19 de noviembre de 2019. De igual forma, esta Agencia se ha pronunciado sobre el ámbito de aplicación de los documentos tipo en la contratación estatal, entre otros, en los siguientes conceptos: C-294 del 18 de mayo de 2020, C-276 y C-277 del 26 de mayo de 2020; C–380 y C–381 del 1 de junio de 2020; C-404 del 12 de junio de 2020, C-352 del 30 de junio de 2020, C-430 del 7 de julio de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-502 del 29 de julio de 2020, C-500 del 3 de agosto de 2020, C-563 del 26 de agosto de 2020, C-570 del 27 de agosto de 2020, C-713 del 2 de diciembre de 2020 y C-744 del 22 de diciembre de 2020. Sobre la aplicación del artículo 56 de a Ley 2195 de 2022 se pronunció en los conceptos C-066 del 28 de enero de 2022, C-033 del 4 de marzo de 2022, C-049 del 07 de marzo de 2022, C-059 de 08 de marzo de 2022, C-065 del 9 de marzo de 2022, C-090 del 16 de marzo de 2022, C-087 del 17 de marzo de 2022, C-083 del 18 de marzo de 2022, C-160 del 05 de abril de 2022, C-341 del 27 de mayo de 2022[[4]](#footnote-5). Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementaran en lo pertinente para absolver la consulta formulada:

**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 1226, 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[[5]](#footnote-6).

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, C.P.: 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[[6]](#footnote-7).

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 ejemplo, Colombia Compra Eficiente, en el mismo concepto citado, estudió el artículo 67 de la Ley 1955 de 2019[[7]](#footnote-8), 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, 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, encontró que 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.

Otro ejemplo en el que la ley permite la constitución de patrimonios autónomos, por medio de la celebración de contratos de fiducia mercantil, se encuentra en el parágrafo segundo del artículo 245 de la Ley 1753 de 2015 que 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».

Por ello, debe destacarse que en caso de que no exista norma que autorice la fiducia mercantil, se está ante un negocio fiduciario que –en el ámbito de aplicación del EGCAP– 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[[8]](#footnote-9).

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 una forma de actuación 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.

Cabe advertir, que la Contraloría General de la República, en concepto con radicado 2006EE62754 del 6 de diciembre de 2006, reiterado en concepto OJ-CGR 084 de 2017[[9]](#footnote-10), considera que la transferencia de recursos no implica dominio pleno de ellos por parte del fiduciario[[10]](#footnote-11), sino que tiene un carácter instrumental. Por ello el administrador del patrimonio autónomo no tiene facultad de disponer libremente de los recursos públicos[[11]](#footnote-12).

Finalmente, en cualquier negocio fiduciario, por orden del artículo 1.234 del Código de Comercio[[12]](#footnote-13), 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[[13]](#footnote-14). 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, no la Agencia Nacional de Contratación Pública.

**2.2. El régimen de los patrimonios autónomos constituidos para el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social y de interés prioritario**

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 la constitución de patrimonios autónomos, es el relacionado con el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social y proyectos de vivienda de interés prioritario, según lo establecido, entre otras, en la Ley 1537 de 2012[[14]](#footnote-15).

 En efecto, el artículo 2 de la ley mencionada dispone que, para cumplir con el objeto de la misma, esto es, el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social y de interés prioritario, las entidades públicas del orden nacional y territorial deberán «aportar bienes y/o recursos a los patrimonios autónomos constituidos para el desarrollo de los proyectos de Vivienda de Interés Social y Vivienda de Interés Prioritario».

Por su parte, mientras que el artículo 5 de la Ley 1537 en mención, determina la manera en la que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio distribuirá los recursos destinados a los proyectos de vivienda de interés prioritario, el artículo 6 *ibidem*, establece que los mismos «[…] podrán ser transferidos directamente a los patrimonios autónomos que constituyan Fonvivienda, Findeter, las entidades públicas de carácter territorial o la entidad que determine el Gobierno Nacional». En tal sentido, las transferencias de recursos de Fonvivienda, o de la entidad que haga sus veces, a los patrimonios autónomos, se tendrán como mecanismo de ejecución del Presupuesto General de la Nación.

La misma norma dispone que la constitución de los patrimonios autónomos para el efecto mencionado, será realizada por parte del director o representante legal de la entidad respectiva a través de la celebración de contratos de fiducia mercantial, en los que las entidades del sector central y descentralizado por servicios, tanto del nivel nacional como territorial, así como cualquier persona natural o jurídica, podrá figurar como aportantes de bienes o recursos.

En cuanto al régimen aplicable a la selección del fiduciario, como a la celebración de los contratos para la constitución de los patrimonios autónomos, la ejecución y liquidación de los proyectos de vivienda de interés social y prioritario por parte de dichos patrimonios, la Ley 1753 determina que «se regirá exclusivamente por las normas del derecho privado». Asimismo, establece que los patrimonios autónomos autorizados por la ley, podrán contratar fiducias mercantiles para la administración de los recursos para los proyectos de construcción de vivienda de interés social prioritario, y a tales fiducias podrán aportar los activos fideicomitidos.

Como se observa, es claro que el régimen aplicable a las actividades contractuales que desarrollen los patrimonios autónomos constituidos para la administración de los recursos destinados a los proyectos de vivienda de interés social prioritario es el del derecho privado, y entre tales actividades contractuales se encuentra, sin duda, el adelantamiento de los procesos de selección y convocatoria de sus contratistas, tal y como queda claramente establecido en la norma que se comenta cuando indica que tales patrimonios «[…] podrán adelantar procesos de convocatoria y selección de los constructores interesados en desarrollar los proyectos de vivienda y/o para la adquisición de proyectos de Vivienda de Interés Prioritario. Tales procesos se rigen por el derecho privado […]».

Ahora bien, en la medida en que en la consulta se propone un interrogante relacionado con la naturaleza de los contratos celebrados por los patrimonios autónomos, conviene precisar que, tal y como acaba de advertirse, es factible, porque la norma así lo autoriza, que los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales como FINDETER, lleven a cabo procesos de convocatoria y selección de contratistas de los cuales se puede derivar la celebración de contratos cuyo objeto podrá ser la construcción de las viviendas de interés social prioritario que, como se dijo, estarán sometidos al derecho privado, de lo cual resulta necesario precisar la naturaleza jurídica de dichos negocios, esto es, si se trata o no de contratos estatales y las consecuencias sustanciales y adjetivas que de tal naturaleza se desprende, ya que el régimen normativo aplicable a cierto contrato, sea o no preponderantemente privado, no excluye, sin más, su naturaleza de contrato estatal.

Sin embargo, en relación este asunto, la Agencia advierte que las posiciones que jurisprudencial y doctrinariamente se han ventilado resultan ser variadas, siendo que la propia Sección Tercera del Consejo de Estado, así como, inclusive, la justicia arbitral, han acogido en algunos casos la posición según la cual los contratos celebrados por patrimonios autónomos sí son contratos estatales, mientras que en otros ha preferido la posición contraria, esto es, que no se trata de contrataos de tal estirpe sino de negocios celebrados entre particulares.

Así, en relación con la primera positivo que podriamos denominar como «positiva», se observa que el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de conocer y decidir sobre un caso en el que el patrimonio autónomo había sido constituido por FINDETER, el cual resulta ser un supuesto de hecho similar al propuesto en la consulta. En efecto, la Sección Tercera, a través de sentencia del 18 de diciembre de 2020, conoció un recurso de anulación contra un laudo arbitral emitido dentro de un proceso surtido entre la Unión Temporal Aguas de Valledupar y la Fiduciaria Bogotá S.A., que actuaba como administradora y vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica -FINDETER-, debido a controversias que surgieron a partir de la celebración de un contrato de obra.

En dicha oportunidad, el Consejo de Estado resolvió el problema jurídico que consistió en determinar si, a la luz del numeral 3 del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, «cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado». Al respecto, la Corporación realizó las siguientes consideraciones que se transcribirán *in extenso* por ser especialmente relevantes de cara a la resolución de la consulta presentada:

«[…] En cuanto al citado contrato, **la Sala concluye que se trata de un contrato de naturaleza estatal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, habida consideración de que el Patrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica FINDETER se encuentra conformado con los recursos de origen público transferidos al Patrimonio Autónomo por la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio para la ejecución del contrato de obra**[[15]](#footnote-16), siendo pertinente anotar que la naturaleza pública de dichos recursos no se modifica por el hecho de ser transferidos al patrimonio autónomo, en tanto continúan afectos a la destinación estatuida por la entidad pública fideicomitente.

[…]

Este criterio ha sido acogido por la Corte Constitucional al estudiar la naturaleza jurídica de patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, como es el caso del Fomag, a propósito de lo cual ha señalado que “*No se puede desconocer que el manejo del fondo está a cargo de la Nación y funciona con recursos públicos y por ello la responsabilidad frente al mismo recae exclusivamente en las entidades públicas”*[[16]](#footnote-17). De igual modo, este análisis ha sido expuesto en distintas oportunidades con ocasión de procesos en los que se han ventilado controversias originadas en contratos celebrados por patrimonios autónomos creados por entidades públicas para el cumplimiento de funciones administrativas y conformados con recursos de carácter público, incluso en tribunales de arbitramento en los que ha sido parte el Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA - FINDETER, representado por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.[[17]](#footnote-18), todos adelantados como arbitramentos de carácter administrativo de conformidad con la Ley 1563 de 2012, señalándose que dichos negocios jurídicos deben entenderse como contratos de naturaleza estatal […].

Por otro lado, no sobra advertir que si bien FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. funge como vocera y administradora delPatrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica FINDETER, sus funciones se contraen a estas precisas competencias, sin que pueda considerarse que la Fiduciaria sea titular de los efectos jurídicos y de las

responsabilidades quecorresponden al Patrimonio Autónomo contratante, de suerte que su participación como administradora del mismo no es una condición relevante desde el punto de vista jurídico para determinar la naturaleza del contrato y la competencia del juez del recurso de anulación.

En efecto, conviene recordar que la celebración del contrato de fiducia trae como consecuencia o efecto la formación de un patrimonio autónomo, de conformidad con el artículo 1233 del Código de Comercio que dispone que los bienes fideicomitidos “... *forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo*”, siendo claro que los bienes que se transfieren en virtud de un contrato de fiducia mercantil salen del patrimonio del fideicomitente pero no entran a formar parte del patrimonio del fiduciario, sino que se radican en el patrimonio autónomo, con el único objetivo de cumplir la finalidad asignada.[[18]](#footnote-19)

Así́ las cosas, la celebración de un contrato de fiducia mercantil implica la constitución de un patrimonio autónomo, el cual, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia[[19]](#footnote-20)y se deriva del artículo 1233 del Código de Comercio, es un conjunto de derechos y obligaciones cuyo vocero y administrador es el fiduciario, siendo en tal calidad que celebra, en nombre del patrimonio autónomo, todos los actos y contratos necesarios para desarrollar el objeto y lograr la finalidad del fideicomiso, dentro de los límites establecidos en el negocio fiduciario. De ello se sigue, que el centro de atribución de los derechos y obligaciones que surjan del negocio jurídico de que se trate, lo es directamente el patrimonio autónomo, universalidad jurídica que resulta directamente vinculada por el acto negocial a través de la manifestación de voluntad que en nombre suyo y con efectos directos sobre la misma, efectúa quien actúa como su vocero y administrador.*[[20]](#footnote-21)* -[[21]](#footnote-22).

Así pues tenemos que, como efecto de la celebración del contrato de fiducia mercantil, surge un patrimonio autónomo administrado por el fiduciario, quien tiene, salvo disposición contractual en diferente sentido, la capacidad para celebrar en su calidad de vocero todos los actos y contratos necesarios para realizar la finalidad para la cual fue creado. Adicionalmente, como ya se señaló́, las obligaciones que se derivan de tales actos y contratos recaen de manera exclusiva en el mencionado patrimonio.

Ahora bien, en el presente caso el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica -FINDETER- fue constituido por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – FINDETER, en virtud del contrato de fiducia de administración y pagos celebrado con Fiduciaria Bogotá S.A. el 1o de noviembre de 2012, con el objeto, entre otros, de transferir a título de fiducia mercantil los recursos provenientes de convenios suscritos por FINDETER con entidades del sector central y conformar con los mismos un patrimonio autónomo.

[…]

A su turno, en cumplimiento del mencionado contrato de fiducia y de lo acordado en el convenio interadministrativo, Fiduciaria Bogotá S.A., obrando en su condición de vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER, adelantó la convocatoria No. PAF-ATF-031-2012 para la contratación de la construcción del colector oriental de aguas servidas de la ciudad de Valledupar, habiendo resultado adjudicado el contrato a la Unión Temporal Aguas de Valledupar

En este orden de ideas, resulta claro que en el presente asunto, **siendo el patrimonio autónomo un conjunto de derechos y obligaciones sin personería jurídica, para efectos de determinar si en el *sub-judice* nos encontramos en presencia de un contrato estatal y habida cuenta de que el patrimonio autónomo carece de personería jurídica, es menester tener en cuenta el origen público de los recursos que constituyen la universalidad jurídica denominada FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER -los cuales, como se ha visto, provienen de la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio** y son objeto, ciertamente, de control fiscal- así como su destinación, que en el presente caso consistió en la construcción del colector oriental de aguas servidas de la ciudad de Valledupar, circunstancias que permiten colegir que **los efectos del contrato de obra celebrado con la Unión Temporal demandante se radican en cabeza de las entidades públicas que celebraron el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero que dio origen al referido contrato de obra**, es decir, la Nación- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - FINDETER y municipio de Valledupar […]

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que la Sección Tercera de esta Corporación es competente en única instancia para conocer del recurso extraordinario de anulación formulado por la Unión Temporal Aguas de Valledupar en contra del laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2019, de conformidad con el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011[[22]](#footnote-23), en concordancia con el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 […]»[[23]](#footnote-24) (Subrayado y negrilla por fuera del texto original).

De acuerdo con lo expresado en la jurisprudencia anterior, para la Sección Tercera del Consejo de Estado, los contratos que celebren, a través del fiduciario, los patrimonios autónomos constituidos a raíz de la transferencia, previamente autorizada por la ley, de recursos públicos en virtud de la celebración de un contrato de fiducia mercantil, son auténticos contratos estatales. Esto debido a que por virtud de dicha transferencia los recursos no pierden su naturaleza de públicos, así como también a los efectos propios de la independencia que el patrimonio autónomo tiene frente a su vocero o fiduciario y de que los resultados del contrato que este se celebre se radican en cabeza de la entidad pública que lo constituyó con fundamento en lo ordenado por la Ley 1537 para el cumplimiento de actividades propias de su misión.

La justicia arbitral también se ha ocupado de definir la naturaleza de contrato estatal de los negocios celebrados por parte de los patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos y administrados por fiduciarias particulares. De hecho, conoció un asunto en el que, al igual que el caso que decidió el Consejo de Estado en la providencia que acaba de citarse, fueron partes un patrimonio autónomo constituido por FINDETER y la Fiduciaria Bogotá S.A., y en reciente laudo del 02 de marzo de 2022, se dejó claro que un contrato celebrado por el patrimonio autónomo a través de la fiduciaria mencionada y para la ejecución de recursos públicos, se trataba de un contrato estatal cuyo régimen resulta ser predominantemente de derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de la norma del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[24]](#footnote-25)

En otra oportunidad, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, también al resolver sobre su competencia para conocer de un recurso de anulación de un laudo arbitral emitido en un proceso de la misma naturaleza en el cual fue parte la Sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., realizó un análisis sobre la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer y resolver asuntos contractuales en los que esté involucrado un patrimonio autónomo. Aunque si bien en esta oportunidad la Corporación no se refirió puntualmente a la naturaleza estatal o no del contrato celebrado, sí planteó algunos elementos en relación con la naturaleza del patrimonio autónomo como entidad estatal, lo cual resulta relevante si en últimas lo que se pretende es determinar si un contrato es estatal o no, atendiendo al criterio orgánico establecido en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Así, a través de la sentencia del 16 de septiembre de 2021, la Corporación resolvió el problema que surgía a partir del texto del numeral 1 del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 que exceptúa el conocimiento de la sobre los asuntos o controversias relativas a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando tales contratos correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades. En tal ocasión, el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

«[…] si bien quien afrontó procesalmente el proceso arbitral fue la compañía Fiduprevisora S.A., lo hizo como representante y vocera del Fomag y, en consecuencia, se considera que para los efectos de lo previsto en el artículo 46 de la Ley 1563 quien “*intervino*” en el proceso fue el Fondo y no su representante, pues la Sala acoge aquí la postura de que esta exigencia legal está referida al patrimonio sobre el que recaen los efectos de las decisiones que se adopten[[25]](#footnote-26), y no a quien lo represente judicial o extrajudicialmente.

Lo anterior es así, en tanto, en el *sub lite*, la intervención material es la que guía las pautas para fijar las reglas adjetivas y no la intervención meramente formal. Decantarse por esto último, sería tanto como considerar que, *mutatis mutandi*, los representantes legales de las sociedades son quienes intervienen en el proceso y, por consiguiente, los que determinan las reglas procesales. Este entendimiento es de difícil aceptación, puesto que la titularidad del derecho debatido en el proceso -judicial o arbitral- recae sobre el representado y no sobre el representante, y es la situación jurídica de aquel, y no la de este, la que se controvierte en el asunto.

En cuanto a la naturaleza de la intervención de los patrimonios autónomos, valga aclarar, regulados por el derecho privado, la doctrina ha señalado que quienes los representan *“como bien lo afirma Redenti, no actúan, como representantes legales sino en su carácter o calidad de gestores autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos intereses objetivos previamente establecidos o de los intereses del titular desconocido o incierto. Por ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en el juicio a nombre propio, ni con el estar en el juicio a nombre ajeno”*[[26]](#footnote-27).

En esa dirección, con independencia de si se acepta que las Fiduciarias, en las actuaciones judiciales, son sólo voceras o representantes legales o *“gestores autónomos deliberantes”,* como quedó expuesto,lo cierto es que no son parte en sentido estricto y material, sino que lo serán aquellos a quienes estos representen y pueden quedar comprometidos con la decisión judicial de fondo.

Se sigue de todo lo anterior – y lo reitera la Sala- que el patrimonio autónomo constituido con los recursos del Fomag es el centro de imputación de las obligaciones y derechos que surjan con ocasión de los contratos celebrados por su vocero y representante legal, y que a la luz de las normas legales y reglamentarias que gobiernan el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente del Magisterio, es procedente y jurídicamente admisible entender el Fomag como un sujeto de derechos y obligaciones, aunque representado por otra entidad del Estado[[27]](#footnote-28), en virtud de la fiducia mercantil ordenada por el legislador y con los propósitos igualmente previstos por este, orientados al logro y garantía de unos fines públicos determinados. Desde ese punto de vista, se concluye que los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera son del conocimiento de esta jurisdicción, pues es claro, en los términos del artículo 46 - inciso tercero de la Ley 1563 de 2012, que en el conflicto “intervino” el Fomag, representado por una sociedad fiduciaria».[[28]](#footnote-29)

Como se puede apreciar, el Consejo de Estado, al definir su competencia para el conocimiento de los recursos de anulación interpuestos bajo las circunstancias descritas, ha respondido de manera positiva, teniendo en cuenta la naturaleza particular del patrimonio autónomo y la diferencia que existe entre este y su vocero o representante judicial o extrajudicial, denominado fiduciario. Es decir, el criterio que asume la alta Corporación consiste en que, una vez determinada la naturaleza del patrimonio autónomo, será esta la que a su turno defina si la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es o no competente para conocer el asunto respectivo.

Ahora bien, sin perjuicio de la posición «positiva» que acaba de esbozarse, tal y como se advirtió, la concepción según la cual los contratos celebrados por los patrimonios autónomos a través de las entidades fiduciaria son contratos estatales no ha resultado del todo pacífica ni ha sido objeto de unificación en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Lo anterior se demuestra en la existencia de salvamentos de votos referidos a tal aspecto dentro de las decisiones comentadas[[29]](#footnote-30) y providencias anteriores referidas a tal aspecto[[30]](#footnote-31), todas las cuales apuntan a negar, bien sea la naturaleza de entidad o ente estatal de los patrimonios autónomos conformados con recursos públicos, como la naturaleza de contrato estatal de los negocios que aquellos celebren por medio de fiduciarias privadas.

Es necesario tener en cuenta que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el contrato estatal se define desde un punto de vista subjetivo u orgánico, pues «[…] adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable»[[31]](#footnote-32). En contraste los patrimonios autónomos son un centro de imputación de derechos y obligaciones, de carácter temporal y diferente a la persona que le dio origen –fiduciante, fideicomitente o constituyente–, quien lo administra –fiduciario– y quien habrá de recibirlo –fideicomisario o beneficiario–. En esta medida, los patrimonios autónomos no pueden considerarse como entidades del Estado, pues derivan de negocios fiduciarios conformados por un conjunto de bienes para el cumplimiento de un objetivo específico que se expresa en el acto de constitución.

Pese a que la naturaleza del fideicomitente es distinta a la del patrimonio autónomo, es necesario tener en cuenta que 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», 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». Como se deduce del apartado normativo, esta disposición regula el régimen aplicable a las sociedades fiduciarias, especialmente, los derechos y obligaciones de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario, por lo que es transversal al ordenamiento jurídico, es decir, aplica en todos los contratos de fiducia con independencia de que el constituyente sea o no una entidad sometida a la Ley 80 de 1993. Por lo demás, es necesario considerar que aunque los bienes fideicomitidos se integran al patrimonio autónomo estos no pierden su carácter público bajo la administración de la entidad fiduciaria[[32]](#footnote-33).

**2.3. Análisis del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022. Aplicación obligatoria del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y de los documentos tipo en la contratación de las entidades estatales exceptuadas y de los particulares**

En la medida que en la consulta que ahora atiende la Agencia, se plantea un interrogante en relación con la aplicación del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 que guarda relación con los documentos tipo por parte de entidades sometidas a régimen especial, a continuación, se reiterarán las consideraciones que al respecto esta Subdirección ha expresado en múltiples ocasiones anteriores.

 En virtud de la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública son de aplicación obligatoria para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En ese sentido, el contenido normativo de la Ley 2022 de 2020, y en su momento también la Ley 1882 de 2018 excluían del ámbito de aplicación de los documentos tipo la contratación de entidades estatales de régimen exceptuado, por lo general, sujetas al derecho privado.

No obstante, este panorama ha variado con la reciente expedición de la Ley 2195 de 2022, «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones». De conformidad con su artículo 1, esta norma tiene por objeto la adopción de diferentes medidas tendientes a prevenir los actos de corrupción, reforzar la articulación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por la corrupción, promoviendo la cultura de la legalidad e integridad.

 Entre las medidas adoptadas por la Ley mencionada se destaca el artículo 56, norma sobre la que versa la presente consulta. Esta disposición se refiere de manera expresa a los documentos tipo y a su aplicabilidad a sujetos diferentes de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El tenor literal de este precepto prescribe lo siguiente:

Artículo 56. Aplicación de los documentos tipo a entidades de régimen especial. Para la adquisición de bienes, obras o servicios, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Parágrafo. Se exceptúan del presente artículo las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario. En estos casos, en los manuales de contratación de estas entidades, se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo.

 Las implicaciones de lo establecido en esta norma son variadas y se presentan en múltiples ámbitos de la actividad contractual de las entidades estatales, que como consecuencia de la entrada en vigor de la disposición en cita, ven alterado su régimen jurídico. Es por esto por lo que una interpretación adecuada de esta disposición, orientada a establecer con precisión el alcance de sus efectos, exige detenerse sobre ciertos aspectos que, a juicio de esta Agencia, resulta indispensable analizar para la comprensión de la norma materia de consulta, los cuales se desarrollan a continuación.

***2.3.1.* Ámbito de aplicación y finalidad de la norma**

Como se desprende de la parte inicial de la norma citada, esta se refiere a la adquisición de bienes, obras o servicios por parte de entidades estatales sometidas al EGCAP, que celebren contratos, convenios interadministrativos o de cualquier otra índole con entidades estatales exceptuadas, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado. En ese sentido, este primer inciso formula un mandato dirigido a las entidades sometidas al EGCAP, para que, en la adquisición de bienes, obras o servicios, apliquen los documentos tipo expedidos por esta Agencia, cuando celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra entidad estatal, o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado.

 De acuerdo con esto, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 es una norma que complementa al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 2022 de 2020, que establece el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo para las entidades sometidas al EGCAP. Si bien el texto de la Ley 2022 de 2020 establece con claridad la regla de aplicación obligatoria de los documentos tipo en los Procesos de Contratación adelantados por las entidades estatales regidas por el EGCAP, lo cierto es que sus efectos no eran los mismos en los procesos de selección adelantados por entidades exceptuadas o con regímenes especiales.

 Antes de la expedición del artículo 56 *ibídem*, la Ley 2022 de 2020 ya había establecido el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo, atribuyendo a esta Agencia la competencia para expedirlos. Dicha Ley restringe su aplicación en los Procesos de Contratación a través de los que una entidad estatal regida por el EGCAP debe adquirir una obra o servicio, por supuesto siempre que el objeto a contratar, al igual que la modalidad que se requiere emplear, estén cobijados por algún documento tipo vigente. Por el contrario, la aplicación de documentos tipo por parte de entidades con regímenes especiales o de derecho privado era un asunto que escapaba del ámbito de aplicación de lo establecido por la Ley 2022 de 2022, incluso tratándose de obras o servicios para cuya contratación hubieren documentos tipo vigentes, comoquiera que la aplicación de estos solo era procedente cuando el régimen de la entidad contratante fuera el EGCAP, toda vez que el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 solo se refiere a la obligación de aplicar los documentos tipo en los Procesos de Contratación que adelanten las entidades sometidas al EGCAP.

 Por tanto, la norma, por el hecho de estar dirigida únicamente a las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, solo permitía que los documentos tipo tuvieran que aplicarse de manera obligatoria cuando este era el régimen general de la contratación de la entidad que adelantaba el Proceso de Contratación. En estos términos, si bien la Ley 2022 de 2020 no limitó la aplicabilidad de los documentos tipo expedidos por esta Agencia a una modalidad en específico, sí estableció que su implementación debía hacerse en el marco del EGCAP.

 En este escenario, el primer inciso del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 surge como una disposición complementaria de la Ley 2022 de 2020, en la medida en que, según se desprende de su texto, de una parte, la norma busca extender la aplicación obligatoria de los documentos tipo a la celebración de contratos o convenios interadministrativos entre entidades regidas por EGCAP y otros sujetos cuyo régimen de contratación prevalente es el derecho privado. Esto de tal forma que cuando una entidad estatal regida por el EGCAP celebre contratos o convenios con otra i) entidad estatal de régimen especial o con ii) patrimonios autónomos o iii) con personas naturales o jurídicas de derecho privado, tenga que hacerlo aplicando documentos tipo. Los efectos del primer inciso del artículo 56 se proyectarían entonces a los contratos o convenios que se deban celebrar con estos sujetos, cuyos objetos comprendan la adquisición de bienes, obras o servicios, que, al tenor de lo dispuesto en el apartado normativo bajo examen, deberán celebrarse mediante documentos tipo.

 Sin perjuicio de lo anterior, solo es posible comprender los efectos de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2020 cuando se interpretan en conjunto todos sus componentes. Esto comoquiera que, a lo anterior se le suman las implicaciones de lo ordenado por el segundo inciso de la norma, en referencia a los procedimientos de selección y contratos que deban celebrarse en desarrollo de los negocios a los que se refiere el primer inciso, en los que, además de la aplicación de los documentos tipo, se dispone la aplicación del EGCAP.

 De acuerdo con esto, el cambio normativo que supone el artículo en comento no se agota con el mandato de aplicación obligatoria de los documentos tipo en los convenios o contratos que celebren las entidades estatales regidas por el EGCAP con otras entidades de régimen especial, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado, pues, según se desprende del segundo inciso de la norma, esta además ordena la aplicación del EGCAP a los Procesos de Contratación que se adelanten y a los contratos que se celebren con ocasión de los contratos o convenios a los que se refiere el primer inciso. Esto significa que, ya sea una entidad estatal de régimen especial, un patrimonio autónomo o una persona natural o jurídica de derecho privado, en virtud de lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 56 *ejusdem,* si,en efecto, deben contratar bienes, obras o servicios, en cumplimiento de un contrato o convenio con una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993, deberá adelantar el procedimiento de selección, así como celebrar el respectivo contrato, implementando los documentos tipo y aplicando las disposiciones del EGCAP.

 Esta, además, es la interpretación que se desprende de la justificación del proyecto normativo que se convirtió en la Ley 2195 de 2022, en la que, respecto de los contratos ejecutados por entidades de derecho privado, se refirió a la «[..] obligatoriedad de aplicar los documentos tipo, aun si son ejecutados con entidades de régimen especial», como uno de los propósitos de la Ley. Conforme se indica en la justificación jurídica del proyecto ley, este:

«[…] determina la aplicación de documentos tipo, en los términos del parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan, en los eventos en que entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole con otras entidades estatales, patrimonios autónomos o personas naturales o jurídicas de derecho privado. Así mismo, se determina que los procedimientos de selección y los contratos realizados en dichos negocios jurídicos deben regirse por las normas de contratación pública»[[33]](#footnote-34).

 De lo anterior se desprende que el propósito del legislador con la expedición de la norma objeto de consulta, tal como se ha explicado, es que las entidades estatales que tienen como régimen contractual el EGCAP no puedan eludir su aplicación, ni la de los documentos tipo que resulten obligatorios, celebrando convenios o contratos con entidades exceptuadas o particulares sometidos al derecho privado, para que sean estos últimos quienes, en el marco de sus regímenes especiales o de derecho privado, realicen la contratación de los bienes, obras o servicios que demanda la entidad estatal, en una suerte de tercerización de la contratación. Lo anterior teniendo en cuenta que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, tales entidades exceptuadas, patrimonios autónomos o particulares, que han suscrito convenios o contratos de cualquier índole con entidades sometidas al EGCAP, estarán obligadas a aplicar dicho estatuto para la contratación derivada de obras, bienes, obras o servicios, siempre que exista documento tipo en el sector en el que se adelanta la contratación.

***2.2.2.*** **Aplicación prevalente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por parte entidades exceptuadas. Aparente tensión con el literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007**

En este punto es necesario analizar los efectos del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, respecto de lo dispuesto en el artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, particularmente, de lo establecido en el tercer inciso del literal c)[[34]](#footnote-35). Lo anterior por cuanto esta norma, al establecer como causal de contratación directa la celebración de convenios o contratos interadministrativos regulaba la normativa aplicable a estos cuando el régimen prevalente de la entidad encargada de la ejecución no fuera el de la Ley 80 de 1993, casos en los que la norma imponía la aplicación de esta normativa, a menos que la entidad ejecutora desarrollara su actividad en competencia con el sector privado, o cuando la ejecución del contrato tuviere relación directa con el desarrollo de su actividad, evento en los que se imponía el derecho privado. En ese sentido, en este último evento el tercer inciso del literal c) del artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, daba pie a la aplicación de normas de derecho privado, lo que evidencia una aparente tensión entre este y el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en lo que se refiere al régimen aplicable en estas situaciones, comoquiera que en estos eventos, al tenor de lo dispuesto en esta última norma, deben aplicarse el EGCAP y los documentos tipo.

 Esto supone una aparente antinomia entre el literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en la medida en que para un mismo supuesto de hecho –la celebración de un convenio interadministrativo entre una entidad sometida al EGCAP y otra exceptuada, en la que la última es la ejecutora y desarrolla su actividad en competencia con el sector privado–, se establecen diferentes consecuencias jurídicas, ya que mientras que la primera norma dispone la aplicación del derecho privado, la última impone la aplicación de documentos tipo y del EGCAP. Esta aparente contradicción, necesariamente debe ser resuelta en favor del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, cuya aplicación debe ser privilegiada, al ser esta la norma expedida más recientemente.

 En efecto, tratándose de disposiciones de igual jerarquía normativa[[35]](#footnote-36)–ambas son leyes ordinarias–, que coinciden en su ámbito de aplicación, debe colegirse que, en lo que respecta al régimen aplicable a los contratos con entidades exceptuadas ejecutoras de contratos o convenios interadministrativos, que desarrollen su actividad en competencia con el sector privado, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 supuso una modificación tácita del artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007. De acuerdo con lo expuesto, los efectos de esta modificación no solo se proyectan a la celebración propiamente dicha del contrato o convenio entre la entidad sometida y la exceptuada, sino que se extienden a todos los contratos y procedimientos de selección que adelanten estos últimos en desarrollo de la relación primigenia, en los que deberán aplicarse el EGCAP y los documentos tipo vigentes.

 En tales términos, de lo analizado hasta aquí es posible concluir que un efecto importante de la norma bajo estudio es la ampliación del ámbito de aplicación de los documentos tipo, al hacerlos obligatorios para unos sujetos que, en principio, de acuerdo con la Ley 2022 de 2020, no estarían sometidos a esos documentos. Para complementar esta medida, la disposición además hace extensiva la aplicación del EGCAP a esto sujetos que, en virtud de su naturaleza jurídica, tienen, como regla general, un régimen de contratación diferente, tales como las entidades exceptuadas, los patrimonios autónomos y las personas naturales y jurídicas de derecho privado, a los que expresamente hace alusión el artículo 56. De esta forma, independientemente de que el inciso tercero del literal c) del artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 parezca indicar que se debe aplicar el derecho privado, por ser este el régimen que por regla general aplica la entidad ejecutora, tratándose de objetos cobijados por documentos tipo, los mismos deberán ser contratados aplicando tales pliegos tipo y las disposiciones del EGCAP.

 En este punto conviene precisar que, de conformidad con el artículo 56, el hecho de que una entidad exceptuada, un patrimonio autónomo, una persona natural o una persona jurídica, tenga suscrito un contrato o convenio con una entidad sometida al EGCAP, no significa que mute su régimen jurídico de manera permanente. Al respecto, de una lectura conjunta de los incisos primero y segundo se desprende que estos introducen el mandato de aplicación obligatoria del EGCAP por parte de los mencionados sujetos de régimen de derecho privado solo en lo referido a la contratación de bienes, obras y servicios relacionados –para el cumplimiento– con un contrato o convenio suscrito con una entidad sometida al EGCAP, siempre que exista documento aplicable al objeto contractual que se planea contratar. Esto significa que los contratos no relacionados con los compromisos adquiridos con la entidad sometida al EGCAP no tendrían que aplicar el régimen contractual público ni los documentos tipo, salvo que quieran hacerlo como una buena práctica de contratación.

 De acuerdo con esto, respecto de la aplicación del EGCAP por parte de entidades exceptuadas y particulares, es necesario recalcar que, conforme se interpreta de la redacción de la norma, esta solo es obligatoria en los casos en los que el objeto contractual derivado que se pretende contratar esté cobijado y sometido a algún documento tipo. Esto significa que la aplicación del EGCAP solo será forzosa cuando existe un documento tipo que contempla bienes, obras y servicios dentro de las que se subsume la actividad a contratar por parte de la entidad de régimen especial, patrimonio autónomo o particular. Por ejemplo, si en cumplimiento de un convenio con una entidad sometida al EGCAP, una entidad exceptuada debe contratar el desarrollo de un software o la compra de unos buses, no estará obligado a seguirse por el EGCAP, al no ser estos objetos cobijados por los documentos tipo vigentes, mientras que si lo que requiere es el mantenimiento o la rehabilitación de una vía secundaría, por el contrario sí estará sometido al EGCAP, al estar tales actividades incluidas dentro de los documentos tipo de infraestructura de transporte. Esto por supuesto puede cambiar si la Agencia, en el futuro, adopta más documentos tipo que incluyan los objetos mencionados.

De esta manera, el deber de aplicar documentos tipo por parte de entidades estatales con régimen de contratación especial, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado, solo se extiende a los procedimientos contractuales cuyos objetos y modalidades en las que deberían ser adelantados, se encuentren dentro del ámbito de aplicación de los documentos tipo vigentes. Lo anterior con excepción de las circunstancias mencionadas en el parágrafo del artículo 56 de la Ley de Transparencia. En ese sentido, si el objeto a contratar no se subsume dentro de ningún documento tipo, la respectiva persona natural o jurídica, entidad exceptuada o patrimonio autónomo podrá contratar con sujeción a las normas y procedimientos que normalmente lo rigen, sin que con ello se vulnere lo dispuesto en el artículo 56 *ibídem*. Esto sin perjuicio de que, en el marco de la autonomía que les corresponde, los referidos sujetos puedan incorporar o retomar componentes de los documentos tipo en sus procesos contractuales a modo de buena práctica contractual, siempre que así lo consideren pertinente.

**3. Respuestas**

Como se indicó esta Subdirección tiene competencia para atender consultas de carácter general y, por ende, no le es dable referirse a asuntos específicos, de manera que, bajo este lineamiento, procede a emitir respuesta a los distintos interrogantes planteados en la consulta, agrupando los cuestionamientos de acuerdo con su relación temática, así:

«Los contratos suscritos por estos patrimonios autónomos cuyo fideicomitente es FINDETER, para la ejecución de los contratos de obra de vivienda de interés social, con recursos públicos pues son subsidios para vivienda de interés social, ¿son contratos estatales?

De ser contratos estatales, ¿su régimen de contratación es derecho privado? O ¿están sometidos al Estatuto General de Contratación por ser contratos de obra?

De ser estos contratos estatales bajo régimen excepcional de derecho privado, ¿Pueden ser objeto de aplicación de multas por el patrimonio autónomo y las mismas hacerse efectivas por este dentro del contrato?

De ser estos contratos estatales bajo régimen excepcional de derecho privado, ¿Pueden cobrarse la cláusula penal por el patrimonio autónomo y esta hacerse efectivas dentro del contrato de manera directa por el patrimonio autónomo?»

De acuerdo con la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, en el seno de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ni en la justicia arbitral existe un criterio unívoco que defina si los contratos celebrados por parte de las entidades fiduciarias privadas como voceras de patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos, son o no contratos estatales. De esa forma, si bien existen algunas decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado y algunos laudos arbitrales que han accedido a considerar a tales negocios jurídicos como auténticos contratos estatales, lo cierto es que tal posición no ha sido pacífica ni siquiera en el seno de su creación, observándose criterios disidentes y providencias divergentes al respecto. Por lo cual, ante la disparidad de criterios, y ante la ausencia de jurisprudencia unificada sobre el tema, es necesario tener en cuenta que de los contratos estatales se definen por el criterio orgánico[[36]](#footnote-37). Con fundamento en él, de acuerdo con el régimen jurídico de cada negocio jurídico, se definirán tanto las normas aplicables al contrato obra así como la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias como las multas y la cláusula penal.

«Los contratos suscritos por estos patrimonios autónomos cuyo fideicomitente es FINDETER, para la ejecución de los contratos de obra de vivienda de interés social, con recursos públicos pues son subsidios para vivienda de interés social, ¿son contratos de fiducia pública sometidos al Estatuto General de Contratación en aplicación del artículo 32?»

Los elementos que constituyen al contrato de fiducia pública son los establecidos en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los cuales lo diferencian del contrato de fiducia mercantil y del encargo fiduciario definido en la misma norma. En este sentido, se deberá analizar cada caso en particular con el fin de determinar si el respectivo contrato que pretende celebrarse o que ya lo ha sido, se tipifiquen la definición del contrato de fiducia pública descrito en el artículo en mención o si por le contrario corresponde a una tipología contractual distinta.

«Se consideraría que ¿en este caso los Patrimonios Autónomos cuyo fideicomitente es FINDETER, son particulares que ejercen funciones propias del Estado pues suscriben contratos de obra de vivienda con recursos públicos?»

Ante qué jurisdicción debe iniciarse cualquier acción contra este tipo de contratos, ¿ante la jurisdicción contenciosa administrativa en virtud de una acción contractual en aplicación del artículo 104 y 105?»

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal 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 ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

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, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato estatal en específico.

En este contexto, es necesario tener en cuenta que esta Agencia no es competente para pronunciarse sobre aspectos relativos al ejercicio de funciones públicas por particulares ni respecto a la competencia para efectos de las controversias jurisdiccionales. Estos aspectos son ajenos al sistema de compras y contratación pública, por lo que Agencia tampoco carece de atribuciones para interpretar el alcance de los artículos de la Ley 489 de 1998 que definen el marco jurídico para ejercicio de funciones administrativas por particulares ni para definir la competencia judicial en los términos de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012.

¿Existe variación en la postura, con ocasión de lo consagrado en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022?

De conformidad con el artículo 56, el hecho de que una entidad exceptuada, un patrimonio autónomo, una persona natural o una persona jurídica, tenga suscrito un contrato o convenio con una entidad sometida al EGCAP, no significa que mute su régimen jurídico de manera permanente. Al respecto, de una lectura conjunta de los incisos primero y segundo se desprende que estos introducen el mandato de aplicación obligatoria del EGCAP por parte de los mencionados sujetos de régimen de derecho privado solo en lo referido a la contratación de bienes, obras y servicios relacionados –para el cumplimiento– con un contrato o convenio suscrito con una entidad sometida al EGCAP, siempre que exista documento aplicable al objeto contractual que se planea contratar. Esto significa que los contratos no relacionados con los compromisos adquiridos con la entidad sometida al EGCAP no tendrían que aplicar el régimen contractual público ni los documentos tipo, salvo que quieran hacerlo como una buena práctica de contratación.

 De acuerdo con esto, respecto de la aplicación del EGCAP por parte de entidades exceptuadas y particulares, es necesario recalcar que, conforme se interpreta de la redacción de la norma, esta solo es obligatoria en los casos en los que el objeto contractual derivado que se pretende contratar esté cobijado y sometido a algún documento tipo. Esto significa que la aplicación del EGCAP solo será forzosa cuando existe un documento tipo que contempla bienes, obras y servicios dentro de las que se subsume la actividad a contratar por parte de la entidad de régimen especial, patrimonio autónomo o particular. Por ejemplo, si en cumplimiento de un convenio con una entidad sometida al EGCAP, una entidad exceptuada debe contratar el desarrollo de un software o la compra de unos buses, no estará obligado a seguirse por el EGCAP, al no ser estos objetos cobijados por los documentos tipo vigentes, mientras que si lo que requiere es el mantenimiento o la rehabilitación de una vía secundaría, por el contrario sí estará sometido al EGCAP, al estar tales actividades incluidas dentro de los documentos tipo de infraestructura de transporte. Esto por supuesto puede cambiar si la Agencia, en el futuro, adopta más documentos tipo que incluyan los objetos mencionados.

 De esta manera, el deber de aplicar documentos tipo por parte de entidades estatales con régimen de contratación especial, patrimonios autónomos, personas naturales o jurídicas de derecho privado, solo se extiende a los procedimientos contractuales cuyos objetos y modalidades en las que deberían ser adelantados, se encuentren dentro del ámbito de aplicación de los documentos tipo vigentes. Lo anterior con excepción de las circunstancias mencionadas en el parágrafo del artículo 56 de la Ley de Transparencia. En ese sentido, si el objeto a contratar no se subsume dentro de ningún documento tipo, la respectiva persona natural o jurídica, entidad exceptuada o patrimonio autónomo podrá contratar con sujeción a las normas y procedimientos que normalmente lo rigen, sin que con ello se vulnere lo dispuesto en el artículo 56 *ibídem*. Esto sin perjuicio de que, en el marco de la autonomía que les corresponde, los referidos sujetos puedan incorporar o retomar componentes de los documentos tipo en sus procesos contractuales a modo de buena práctica contractual, siempre que así lo consideren pertinente.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén Vargas Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Expedido en respuesta a la Consulta con radicado No. 4201912000004359. [↑](#footnote-ref-3)
3. Expedido en respuesta a la Consulta con radicado No. 4201912000007305. [↑](#footnote-ref-4)
4. Los conceptos indicados pueden consultarse en el siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos. [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. 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-7)
7. «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-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. «[…] 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-11)
11. «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-12)
12. «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-13)
13. «Artículo 1236. derechos del fiduciante. Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos: »[…].

»4) Exigir rendición de cuentas». [↑](#footnote-ref-14)
14. «Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones». [↑](#footnote-ref-15)
15. [Nota original] Mediante el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo financiero celebrado el 31 de diciembre de 2012 entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, FINDETER y el municipio de Valledupar (Cesar), el Ministerio se obligó a “*2) Transferir a FINDETER en un único desembolso al Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Asistencia Técnica – FINDETER, administrado por Fiduciaria Bogotá S.A., los recursos con que la Nación apoyará la ejecución del proyecto objeto del presente convenio, en los términos pactados en el Contrato Interadministrativo suscrito entre MINISTERIO y FINDETER”.* (Fl. 22 a 30 C. pruebas No. 4 T.A.) [↑](#footnote-ref-16)
16. [Nota original] Sentencia T-418 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-17)
17. [Nota original] (i) Laudo Arbitral del 11 de diciembre de 2019 proferido en el proceso arbitral de Unión Temporal Redes de Amagá 2014 contra Fiduciaria Bogotá como administradora y vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica Findeter, Rad. 15.539. (ii) Laudo Arbitral del 23 de abril de 2018 proferido en el proceso arbitral de Conhydra S.A. E.S.P. y Constructora Yacamán Vivero S.A. como integrantes de la Unión Temporal Redes de Santander 2013 en contra de la Fiduciaria Bogotá S.A. en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica -Findeter, Rad. 4925. (iii) Laudo Arbitral del 23 de febrero de 2016 proferido en el proceso arbitral de Valores y Contratos S.A. – Valorcon S.A. vs Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica – Findeter. [↑](#footnote-ref-18)
18. [Nota original] Sobre este particular ha señalado el Consejo de Estado: *“Por definición expresa del legislador, la fiducia mercantil supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos se cumpla una finalidad específica y previamente determinada. Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo, pues los bienes i) salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente -titular del dominio-, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo, tal como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio. 3.2.- Igualmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los bienes fideicomitidos se deben separar del resto del activo de una fiduciaria, con el fin de que ese patrimonio autónomo no se confunda con el del fiduciario, ni con otros patrimonios igualmente constituidos”.* Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 10 de marzo de 2016, Expediente No. 2011-00053 (19972). [↑](#footnote-ref-19)
19. [Nota original] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de agosto de 2005, Expediente No. 1909. [↑](#footnote-ref-20)
20. [Nota original] Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Expediente No. 2006-01516 (16642). [↑](#footnote-ref-21)
21. [Nota original] Cfr. Laudo Arbitral de Fundación Medico Preventiva para el Bienestar Social S.A. vs Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por Fduciaria la Previsora S.A.- Fiduprevisora S.A. del 11 de diciembre de 2017. [↑](#footnote-ref-22)
22. *“Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo de la Sala disponga, conocerá en única instancia. De los siguientes asuntos:*

*[…]*

*7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. contra la sentencia que resuelva este recurso solo procederá el recurso de revisión”.* [↑](#footnote-ref-23)
23. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de diciembre de 2020, Rad. 11001-03-26-000-2019-00091-00(64129), M.P. Nicolás Yepes Corrales. [↑](#footnote-ref-24)
24. Tribunal de Arbitramento Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica Findeter vs Consorcio Optimización PTAP, laudo del 02 de marzo de 2022. [↑](#footnote-ref-25)
25. [Nota original] Cabe anotar que sobre esa opción interpretativa existe divergencia de criterios al interior de la Sala. Así, en auto de la Subsección B, de 2 de octubre de 2019, exp. 62199, C.P. Martín Bermúdez Muñoz (con salvamento de voto del C.P. Ramiro Pazos Guerrero), se propuso el conflicto negativo de competencias, con el Tribunal Superior de Cali, Sala Civil, en relación con el recurso de anulación propuesto contra el laudo arbitral que resolvió el conflicto que se suscitó entre Integrar Constructores S.A.S. y la Alianza Fiduciaria S.A. -sociedad fiduciaria de carácter privado, quien actuaba como vocera y administradora del Fideicomiso PA2559 Macroproyecto Altos de Santa Elena Sector A., constituído en su totalidad con aportes públicos, por considerar que *“si quien comparece el proceso arbitral como demandante o demandada es una fiduciaria de carácter privado, así actúe como vocera de un patrimonio autónomo conformado por recursos públicos, debe entenderse, para efectos de la aplicación de la regla de competencia establecida por el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, que es una entidad de carácter privado y por lo tanto la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación será del Tribunal Superior - Sala Civil - de donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje. Si, por el contrario, la fiduciaria es una entidad pública, el competente para conocer del recurso de anulación será el Consejo de Estado”.*

Ahora bien, ese conflicto negativo de competencia fue resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el 20 de febrero de 2020, exp. 110010102000201902678-00 (17361-39), en el sentido de atribuir la competencia al Tribunal Superior de Cali, por considerar que, de conformidad *con “el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, la decisión de declararse competente bajo el entendido de que se trata de un arbitramento de derecho privado ‘prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo…’ y solo puede ser revisada en sede del recurso de anulación, el cual debe tramitarse por la cuerda del arbitramento privado por la que se surtió todo el trámite arbitral, pues siendo el recurso de anulación un trámite que forma parte del trámite arbitral, es claro que dicho recurso resulta accesorio al trámite arbitral y lo accesorio debe en todo caso seguir la suerte de lo principal, motivo por el cual en aplicación de lo señalado por el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, esta Corporación adscribirá la competencia para conocer de este recurso de anulación a la Jurisdicción Ordinaria (...)”.*  [↑](#footnote-ref-26)
26. [Nota original] LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, 9a Edición, 2005,Bogotá, p. 295. [↑](#footnote-ref-27)
27. [ Nota original] En línea con ello, no menos importante resulta el hecho de que la ley hubiera establecido que el fondo fuera administrado obligatoriamente por una fiduciaria estatal, o como mínimo, constituida como sociedad de economía mixta con participación pública igual o superior al 90%, y señalara que el contrato respectivo de fiducia se debía sujetar, además de las normas comerciales, a las previstas en la Ley 91 de 1989. Con ello, quiso el legislador que los recursos del Fomag estuvieran destinados a garantizar los derechos de los docentes vinculados al Estado, a efectos de que los recursos públicos afectos al cumplimiento de esa carga prestacional, una vez transferidos al Fomag, no se destinaran a cubrir otros compromisos de la Nación y de las entidades territoriales.

A la luz de las pautas dispuestas en la Ley 91 de 1989 y bajo la naturaleza de la fiducia mercantil, en principio es dable concluir que la representación judicial del Fomag recae siempre en cabeza de su administradora, Fiduprevisora S.A. Con todo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que el fondo debe ser representado judicialmente por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, *“en los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio”* y por la sociedad fiduciaria, *“en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil”* (Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 1423 del 23 de mayo de 2003, C.P. César Hoyos Salazar)*.* En todo caso, el común denominador en cualquiera de estos criterios es la calidad del fondo como sujeto pasible de ser representado judicial y extrajudicialmente. [↑](#footnote-ref-28)
28. Consejo de Estado, Sección Tercera, decisión del 16 de septiembre de 2021, rad. 11001-03-26-000-2020-00076-00(66091)A, M.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-29)
29. Por ejemplo, en la decisión con radicado nro. 64129 que fue citada, el magistrado Guillermo Sánchez Luque salvó su voto al considerar que el Consejo de Estado no era competente para conocer y resolver el recurso extraordinario de anulación propuesto, por cuanto: «(i) en el proceso no intervino un entidad pública, pues la parte fue el *patrimonio autónomo* representado por una sociedad fiduciaria de naturaleza privada; (ii) el contrato de obra tampoco fue suscrito por una entidad pública, pues se hizo con cargo a los bienes cuya propiedad transfirieron las entidades que constituyeron el patrimonio autónomo y los actos de representación contractual los realizó una fiducia privada y (iii) en el proceso tampoco intervino una persona que desempeñara funciones públicas, pues el *patrimonio autónomo*, parte del proceso, no tiene asignadas funciones de esta naturaleza. El hecho de que el *patrimonio autónomo* se haya formado con recursos públicos no es un presupuesto legal de competencia para conocer del recurso de anulación». [↑](#footnote-ref-30)
30. Como ejemplo de la posición distinta, se destaca a la decisión del Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 2 de octubre de 2019, Rad. 11001-03-26-000-2018-00136-00(62199), M.P. Martín Bermúdez Muñoz. En el ámbito de la justicia arbitral también encontramos a decisiones que han considerado que los contratos que celebran los patrimonios autónomos bajo las circunstancias descritas, no son contratos estatales sino contratos privados (Tribunal Arbitral de KMA Construcciones S.A. vs Fiduciaria Bogotá S.A. en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica -FINDETER-, laudo del 08 de mayo de 2018) [↑](#footnote-ref-31)
31. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 21 de noviembre de 2012. Exp. 22.507. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-32)
32. En lo pertinente, el numeral 9 del capítulo I del Titulo II de la parte 2 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera dispone que «Para efectos de las instrucciones impartidas en esta Circular se entiende que un negocio fiduciario administra recursos o bienes de naturaleza pública cuando dichos recursos sean aportes patrimoniales al fideicomiso y provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público, sea del nivel nacional, departamental, municipal, distrital o de los organismos descentralizados que conforman dichos niveles, sin tener en cuenta la modalidad de contratación utilizada para la celebración del negocio. Igualmente, se entienden como públicos los recursos parafiscales.

»Cuando quiera que en el negocio fiduciario haya recursos públicos y privados deben tenerse en cuenta las siguientes condiciones para su identificación como públicos:

»9.1. Cuando en el respectivo contrato está pactado que en caso de incumplimiento de su objeto la totalidad o parte de los recursos deben retornar a un ente público, y/o

»9.2. Cuando en el respectivo contrato está pactado que los recursos fideicomitidos deben destinarse al cumplimento de las funciones propias del ente público.

»La anterior clasificación no modifica la naturaleza de los bienes y recursos fideicomitidos». [↑](#footnote-ref-33)
33. ». CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta Nº 1677 del 23 de noviembre de 2021. Justificación jurídica del Proyecto de Ley No. 226 de 2021 Cámara. p. 15. [↑](#footnote-ref-34)
34. «**Artículo 2°.**De las modalidades de selección**.**La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[…]

»4. Contratación directa**.**La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

  […]

»c) Contratos interadministrativos, 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.

   »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.

   »En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

   »En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

   »Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales[…]».  [↑](#footnote-ref-35)
35. Este es uno de los casos típicos de antinomias que ha identificado la doctrina, que al respecto ha señalado: «Segundo caso: antinomias entre normas provenientes de dos fuentes distintas, pero del mismo tipo (por ejemplo, dos leyes estatales ordinarias) Ahora bien, dos fuentes del mismo tipo por lo general habrán sido promulgadas o emanadas en momentos distintos. En estos casos, la antinomia se resuelve dando la preferencia a la norma más reciente en el tiempo. La norma sucesiva debe ser aplicada, la anterior debe considerarse abrogada, ya no en vigencia […] Este modo de razonar constituye aplicación del principio cronológico: la norma sucesiva abroga la precedente («*lex posterior derogat legi priori*»)». GUASTINI, Ricardo. La interpretación de los documentos normativos. Trad. Cesar E. Moreno Primera Edición, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales: Derecho Global Editores, México, 2018. pp. 423 [↑](#footnote-ref-36)
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de agosto de 1998, expediente 14.202. En esta providencia judicial se explica que «[…] es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a régimenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

1º Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993. 2º Contratos estatales especiales». [↑](#footnote-ref-37)