CCE-DES-FM-17

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

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 estatal. En este contexto, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente puede darse en virtud de una autorización legal. Respecto de la fiducia pública y el encargo fiduciario, el Consejo de Estado ha precisado que el primero constituye un contrato nuevo y autónomo, y el segundo se autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren, lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria.

**CONTRATO DE FIDUCIA PARA PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – Artículo 36 Ley 388 de 1997, modificado por Ley 2079 de 2021 – Régimen jurídico.**

El texto del nuevo inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 no cambió el sentido de su contenido, pues la norma continúa siendo una autorización para que las entidades territoriales sometidas al EGCAP acudan a la celebración de contratos de fiducia mercantil, bajo el régimen jurídico general de esta institución que se encuentra previsto en el derecho privado, en particular, en el derecho comercial, cuando la finalidad sea la de participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social. Por lo anterior, la interpretación del alcance de la norma que venía aplicándose con base en lo dispuesto por el Consejo de Estado en el Concepto No. Concepto No. 1503 de 2003 continúa vigente, toda vez que la restricción del numeral 5 de la Ley 80 de 1993 que fue suprimida resultaba aplicable al régimen de contratos de fiducia pública y encargo fiduciario regidos por el EGCAP, más no para la fiducia mercantil, cuyo régimen general está previsto en el derecho comercial.

Bogotá D.C., 18 de agosto de 2022 

Señor

**Juan Pablo Álvarez Candamil**

Ciudad

**Concepto C ‒ 498 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | FIDUCIA MERCANTIL ― Fiducia pública ― Patrimonio autónomo ― Encargo fiduciario ― Diferencias / CONTRATO DE FIDUCIA PARA PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – Artículo 36 Ley 388 de 1997, modificado por Ley 2079 de 2021 – Régimen jurídico |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20220617006081  |

Estimado señor Álvarez:

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 16 de junio del 2022[[1]](#footnote-2).

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas:

«¿Se entiende del inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021 la existencia de una excepción de escoger la entidad fiduciaria a través de invitaciones privadas atendiendo a las normas del derecho privado (civil y comercial) y no como lo indica el inciso cuarto del numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993?

¿Son aplicables para las entidades sometidas al estatuto general de contratación pública en la presente vigencia 2022 el concepto 1502 de 2003 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil y la circular externa No. 46 de septiembre 3 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia entendiendo la modificación realizada al artículo 36 de la ley 388 de 1997 por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021, para soportarlos como criterio para sus estatutos de contratación y para la escogencia de la entidad fiduciaria bajo los parámetros del derecho privado?

¿Que interpretación debe dársele al inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021 cuando establece que los contratos de fiducia para la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social se harán con sujeción a las reglas generales y a las del derecho comercial? ¿Cuales son las reglas generales y las del derecho comercial a las que alude el inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021? ¿Las reglas generales son las previstas en la ley 80 o las que establece el derecho comercial?

¿En materia de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social las entidades sujetas al Estatuto General de la Contratación Pública pueden crear un procedimiento de carácter especial para la selección de la entidad fiduciaria bajo los parámetros del inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021 y no atender a lo preceptuado por el numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993?

¿Diferencias entre Fiducia Mercantil, Fiducia Pública y Encargo Fiduciario?».

1. **Consideraciones**

En primer lugar, se clara que 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 las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[2]](#footnote-3). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En este contexto, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección, dentro de los límites de sus atribuciones –esto es, haciendo abstracción de los eventos particulares y concretos sugeridos en la consulta– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal.

Para abordar los interrogantes planteados, se analizarán los siguientes temas: i) el contrato de fiducia mercantil, fiducia pública y encargo fiduciario; y ii) el contrato de fiducia para proyectos de vivienda de interés social del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, modificado por la Ley 2079 de 2021.

**2.1. Contrato de fiducia mercantil, fiducia pública y encargo fiduciario**

Esta Agencia se ha pronunciado en términos generales sobre los contratos de fiducia mercantil, fiducia pública y encargo fiduciario en los conceptos Nos. 2201913000005645 del 8 de agosto de 2019, 2201913000008612 del 19 de noviembre de 2019, C−339 del 16 de junio de 2020, C-637 del 28 de octubre de 2020, C-606 de 3 de noviembre de 2021 y C- 744 de 04 de febrero de 2022. Las tesis expuestas se reiteran y complementan en lo pertinente a continuación.

El contrato de *fiducia mercantil* encuentra su definición en el artículo 1226 del Código de Comercio, norma que establece como elementos característicos del negocio jurídico: i) la existencia de al menos dos sujetos: fiduciante y fiduciario y ii) la transferencia del dominio 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.

Por su parte, el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, regula el contrato de *encargo fiduciario* y *fiducia pública*, así:

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo [25](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#25) de esta ley.

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

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

La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

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

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

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

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

So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo [355](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#355) de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato.

[…]

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, al señalar que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio[[3]](#footnote-4).

Al respecto, es necesario subrayar que debido al no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo que caracteriza a este contrato, la Corte Constitucional señala que es más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia. No obstante, según el Consejo de Estado estas dos figuras se distinguen pues, además que la fiducia es un contrato nuevo y autónomo, el inciso primero del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 limita el objeto del encargo fiduciario a la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo [25](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#25) de dicha ley. Así lo consideró el Consejo de Estado señaló al señalar lo siguiente:

Una interpretación armónica de las normas de la ley 80 sobre el tema, conduce a establecer dos modalidades de negocio fiduciario que pueden contratar las entidades estatales, a saber: Los *encargos fiduciarios*, figura en la cual no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos. La ley 80 de 1993 la autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren (art. 32-5º inc. 3º), lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios (art. 24-1º letra l ) y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria (art. 25-20).

La *fiducia pública*, la cual constituye una nueva figura jurídica, creada por la ley 80 de 1993, y que si bien porta el nombre de fiducia se diferencia en varios elementos esenciales de la tradicional fiducia mercantil[[4]](#footnote-5). (Cursiva fuera del original)

De esta manera, las entidades estatales pueden suscribir tanto contratos de fiducia pública como encargos fiduciarios, teniendo en cuenta que estos últimos se limitan a la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, así como a los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud y para los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales, los cuales pueden ser entregados en administración fiduciaria.

Ahora bien, de la jurisprudencia constitucional anteriormente señalada se entiende que las entidades estatales pueden suscribir contratos de fiducia mercantil. Sin embargo, el Consejo de Estado 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[[5]](#footnote-6).

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

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

De conformidad con lo expuesto, 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 artículo 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.

En síntesis, 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 estatal. En este contexto, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente puede darse en virtud de una autorización legal. Respecto de la fiducia pública y el encargo fiduciario, el Consejo de Estado ha precisado que el primero constituye un contrato nuevo y autónomo, y el segundo se autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren, lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria[[6]](#footnote-7).

**2.2. El contrato de fiducia para proyectos de vivienda de interés social del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, modificado por la Ley 2079 de 2021**

La *vivienda de interés social* ha sido considerada como una de las soluciones para materializar el derecho a la vivienda digna previsto en el ordenamiento jurídico colombiano. Es así como el artículo 51 de la Constitución Política dispuso que «todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda». En consecuencia, es deber del Estado incluir la promoción de programas de *vivienda de interés social* como parte de las políticas públicas que integran los planes nacionales de desarrollo.

 En el orden legal se articula el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social creado por la Ley 3 de 1991[[7]](#footnote-8), norma que en el artículo 1° estableció que el sistema estaría integrado por las entidades públicas y privadas que cumplieran funciones conducentes a la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación, habilitación y legalización de títulos de viviendas de esta naturaleza. Seguidamente, en el artículo 4 dicha ley estatuyó que las administraciones municipales y distritales, entre otras, coordinarían en su respectivo territorio el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, a través de las entidades especializadas encargadas de adelantar las políticas y planes de vivienda de interés social en la localidad o a través de los fondos de vivienda de interés social y reforma urbana. El funcionamiento de los fondos de *vivienda de interés social* y reforma urbana quedó previsto en el artículo 19, norma que dispuso que éstos tendrían como objeto desarrollar las políticas de *vivienda de interés social* en las áreas urbanas y rurales, y dentro de sus funciones se consagró la de hacerlo directamente o en asocio con entidades autorizadas, dentro de las cuales se encontraban las empresas privadas que tuvieran por objeto el desarrollo de esas actividades, programas de construcción, adquisición, mejoramiento, reubicación, rehabilitación y legalización de títulos de soluciones de vivienda de interés social. No obstante, dicha ley no hizo referencia al régimen jurídico de los contratos celebrados para desarrollar los proyectos de *vivienda de interés social*.

Posteriormente se expidió la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en cuyo articulado no se aludió a ningún tipo de contrato en especial, cuyo objeto correspondiera a la ejecución de proyectos de *vivienda de interés social.* Años más tarde fue expedida la Ley 388 de 1997 que tuvo como propósito armonizar y actualizar las disposiciones contenidas en la Ley 9 de 1989 con las nuevas normas establecidas en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas y la Ley por la que se crea el Sistema Nacional Ambiental. En el artículo 36 –original– de esta norma se previó que las actuaciones urbanísticas, dentro de la cuales se encontraba la edificación de inmuebles, podrían ser desarrolladas por propietarios individuales en forma aislada, por grupos de propietarios asociados voluntariamente o, de manera obligatoria, a través de unidades de actuación urbanística, directamente por entidades públicas o mediante formas mixtas de asociación entre el sector público y el sector privado.

El inciso final del mencionado artículo 36, en su versión primigenia, dispuso que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrían participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de *vivienda de interés social*, mediante la celebración, entre otros, de *contratos de fiducia* con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esta norma fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en Concepto No. 1503 de 2003,[[8]](#footnote-9) interpretó el alcance en el siguiente sentido:

Ahora bien, resulta claro que el inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 estableció una excepción al régimen de contratación estatal de fiducia, y por lo mismo, es de interpretación restrictiva, lo cual trae como consecuencia que esta norma es aplicable únicamente para los fines expresados en la misma, vale decir, la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social. Las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas que persigan tales fines, se encuentran habilitadas para celebrar los contratos de fiducia que autoriza la mencionada norma, los cuales han de entenderse de *fiducia mercantil*, **puesto que la norma expresa que se celebrarán con sujeción a las reglas generales y ‘del derecho comercial’, lo cual se reafirma con la expresión siguiente de la norma, ‘sin las limitaciones y las restricciones previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993’**. [Resaltado fuera de texto]

El criterio interpretativo del inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, según el cual el *contrato de fiducia* autorizado en dicha norma para que las entidades territoriales ejecuten proyectos de *vivienda de interés social* es el *contrato de fiducia mercantil*, regido por el derecho privado, también fue acogido por la jurisprudencia de esa corporación, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado, en un fallo posterior[[9]](#footnote-10), mantuvo la tesis según la cual «los contratos celebrados por las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas para desarrollar proyectos de interés social no se encuentran exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, en tanto no existe norma que así lo indique. La única excepción expresa que se concibió frente a su ámbito de cobertura correspondió a la tipología de *fiducia*, en cuyo caso el negocio jurídico que encuadrara en ese tipo negocial se gobernaría por las normas del estatuto mercantil».

La doctrina también ha coincidido en este entendimiento, partiendo de las consideraciones realizadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al señalar que en relación con los contratos de fiducia señalados en el último inciso del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 se configura un régimen excepcional de contratación. En este sentido se ha indicado:

*De lo anterior se colige que, tal como se encuentra la redacción de dicho artículo en la actualidad, el régimen de Derecho privado, solo es admisible en relación con el contrato de fiducia*, de modo que, al no hacerse referencia expresa en la norma a otro tipo de contratos que pueden ser suscritos bajo este régimen, necesariamente debe aplicarse la regla general de los contratos que suscriben los municipios, las áreas metropolitanas y los establecimientos públicos adscritos a éstos, esto es, la Ley 80 de 1993 y hoy la Ley 1150 de 2007.

*La interpretación de la Sala de Consulta y Servicio Civil nos da luces para resaltar que el único régimen excepcional de contratación que se advierte en dicho inciso de la Ley 388 de 1997 es en relación con el contrato de fiducia* que se celebre en el proyecto de vivienda de interés social, mas no en relación con el proceso constructivo, que es nuestra preocupación[[10]](#footnote-11).

De otra parte, el 14 de enero de 2021 se expidió la Ley 2079 «por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de vivienda y hábitat». Según el artículo 1°, esta norma tiene como objeto «reconocer la política pública del Estado que diseñe y adopte normas destinadas a complementar el marco normativo dentro del cual se formula y ejecuta la política habitacional urbana y rural en el país, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una vivienda y hábitat dignos para todos los colombianos. La política pública de hábitat y vivienda, a través del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, diseñará los instrumentos técnicos, administrativos, jurídicos y financieros que se consideren necesarios para la asesoría e implementación de programas y proyectos habitacionales que contemplen de manera integral la producción de vivienda en las modalidades de adquisición, de vivienda, construcción de *vivienda de interés social* y prioritaria, mejoramiento de vivienda y entornos rurales dignos, orientados a la generación de la oferta requerida para satisfacer los requerimientos del país».

El artículo 28 de la Ley 2079 de 2021 modificó el artículo 36 de la Ley 388 de 1997 que contenía el significado del concepto de actuación urbanística y, en particular, para los fines de este concepto, se resalta que en la modificación de la norma se suprimió la alusión que se hacía en el último inciso del artículo a las restricciones del numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para el *contrato de fiducia*, tal como se observa en el texto de la nueva norma vigente:

ARTÍCULO 28. ACTUACIÓN URBANÍSTICA. Modifíquese el artículo 36 de la Ley 388 de 1997, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 36. Actuación urbanística. Son actuaciones urbanísticas la parcelación, urbanización y construcción de inmuebles. Cada una de estas actuaciones comprenden procedimientos de gestión y formas de ejecución con base en las decisiones administrativas contenidas en la acción urbanística, de acuerdo con los contenidos y criterios de prevalencia establecidos en los artículos 13, 15, 16 y 17 y demás disposiciones de la presente ley.

Los actos administrativos de contenido particular y concreto en firme que autorizan las actuaciones urbanísticas consolidan situaciones jurídicas en cabeza de sus titulares y, los derechos y las obligaciones contenidos en ellas. La autoridad municipal o distrital competente deberá respetar los derechos y obligaciones que se derivan de tales actos.

Son actos administrativos de contenido particular y concreto las licencias de parcelación, urbanización, construcción y demás establecidas por la normatividad nacional.

Cuando por efectos de la regulación de las diferentes actuaciones urbanísticas los municipios, distritos y las áreas metropolitanas deban realizar acciones urbanísticas que generen mayor valor para los inmuebles, quedan autorizados a establecer la participación en plusvalía en los términos que se establecen en la presente ley. Igualmente, las normas urbanísticas establecerán específicamente los casos en que las actuaciones urbanísticas deberán ejecutarse mediante la utilización del reparto de cargas y beneficios tal como se determina en el artículo 38 de esta ley.

En los programas, proyectos y obras que deban ejecutar las entidades públicas, como consecuencia de las actuaciones urbanísticas previstas en los planes de ordenamiento o en los instrumentos que los desarrollen, las entidades municipales y distritales competentes, sin perjuicio de su realización material por particulares, podrán crear entidades especiales de carácter público o mixto para la ejecución de tales actuaciones, de conformidad con las normas legales generales y con las especiales contenidas en la presente Ley y en la Ley 142 de 1994.

*Igualmente, las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas podrán participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial.*[Cursiva fuera de texto]

Como se observa, el texto del nuevo inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 no cambió el sentido de su contenido, salvo por la eliminación del aparte final que era del siguiente tenor: «sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993». Sin perjuicio de lo anterior, cabe aclarar que la norma continúa siendo una autorización para que las entidades territoriales sometidas al EGCAP acudan a la celebración de *contratos de fiducia mercantil*, bajo el régimen jurídico general de esta institución que se encuentra previsto en el derecho privado, en particular en el derecho comercial. Este régimen excepcional solo se admite cuando la finalidad sea la de participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de *vivienda de interés social.*  Por lo anterior, en concepto de esta subdirección, la interpretación del alcance de la norma que venía aplicándose con base en lo dispuesto por el Consejo de Estado en el Concepto No. Concepto No. 1503 de 2003 continúa vigente, toda vez que la restricción del numeral 5 del artículo 32 la Ley 80 de 1993 que fue suprimida resultaba aplicable al régimen de los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario regidos por el EGCAP, más no para la fiducia mercantil, cuyo régimen general está previsto en el derecho comercial.

Igualmente, puede consultarse sobre las regulaciones contables y financieras que resulten aplicables a dichos negocios fiduciarios, de índole financiero, que sean de competencia de otras autoridades, como, por ejemplo, la Superintendencia Financiera[[11]](#footnote-12) que tiene la facultad de emitir circulares para «Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades».

**3. Respuestas**

«¿Se entiende del inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021 la existencia de una excepción de escoger la entidad fiduciaria a través de invitaciones privadas atendiendo a las normas del derecho privado (civil y comercial) y no como lo indica el inciso cuarto del numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993?

¿Son aplicables para las entidades sometidas al estatuto general de contratación pública en la presente vigencia 2022 el concepto 1502 de 2003 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil y la circular externa No. 46 de septiembre 3 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia entendiendo la modificación realizada al artículo 36 de la ley 388 de 1997 por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021, para soportarlos como criterio para sus estatutos de contratación y para la escogencia de la entidad fiduciaria bajo los parámetros del derecho privado?

¿Que interpretación debe dársele al inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021 cuando establece que los contratos de fiducia para la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social se harán con sujeción a las reglas generales y a las del derecho comercial? ¿Cuales son las reglas generales y las del derecho comercial a las que alude el inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021? ¿Las reglas generales son las previstas en la ley 80 o las que establece el derecho comercial?

¿En materia de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social las entidades sujetas al Estatuto General de la Contratación Pública pueden crear un procedimiento de carácter especial para la selección de la entidad fiduciaria bajo los parámetros del inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997, modificado por el artículo 28 de la ley 2079 de 2021 y no atender a lo preceptuado por el numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993?».

El inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, en su versión original, dispuso que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrían participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Esta norma fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en Concepto No. 1503 de 2003, interpretó su alcance en el siguiente sentido: «Ahora bien, resulta claro que el inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 estableció una excepción al régimen de contratación estatal de fiducia, y por lo mismo, es de interpretación restrictiva, lo cual trae como consecuencia que esta norma es aplicable únicamente para los fines expresados en la misma, vale decir, la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social. Las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas que persigan tales fines, se encuentran habilitadas para celebrar los contratos de fiducia que autoriza la mencionada norma, los cuales han de entenderse de fiducia mercantil, puesto que la norma expresa que se celebrarán con sujeción a las reglas generales y ‘del derecho comercial’, lo cual se reafirma con la expresión siguiente de la norma, ‘sin las limitaciones y las restricciones previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la ley 80 de 1993’».

El criterio interpretativo del inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997, según el cual el contrato de fiducia autorizado en dicha norma para que las entidades territoriales ejecuten proyectos de vivienda de interés social es el contrato de fiducia mercantil, regido por el derecho privado, también fue acogido por la jurisprudencia de esa corporación, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado, en un fallo posterior, mantuvo la tesis según la cual «los contratos celebrados por las entidades municipales, distritales y las áreas metropolitanas para desarrollar proyectos de interés social no se encuentran exceptuados de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, en tanto no existe norma que así lo indique. La única excepción expresa que se concibió frente a su ámbito de cobertura correspondió a la tipología de fiducia, en cuyo caso el negocio jurídico que encuadrara en ese tipo negocial se gobernaría por las normas del estatuto mercantil»[[12]](#footnote-13).

El artículo 28 de la Ley 2079 de 2021, promulgada el 14 de enero de ese año, modificó el artículo 36 de la Ley 388 de 1997 que define el concepto de actuación urbanística y en la modificación de la norma se suprimió la alusión que se hacía en el último inciso del artículo a las restricciones del numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para el contrato de fiducia.

No obstante, el texto del nuevo inciso final del artículo 36 de la Ley 388 de 1997 no cambió el sentido de su contenido, pues la norma continúa siendo una autorización para que las entidades territoriales sometidas al EGCAP acudan a la celebración de contratos de fiducia mercantil, bajo el régimen jurídico general de esta institución que se encuentra previsto en el derecho privado, en particular, en el derecho comercial, cuando la finalidad sea la de participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de *vivienda de interés social.* Por lo anterior, la interpretación del alcance de la norma que venía aplicándose con base en lo dispuesto por el Consejo de Estado en el Concepto No. Concepto No. 1503 de 2003 continúa vigente, toda vez que la restricción del numeral 5 de la Ley 80 de 1993 que fue suprimida resultaba aplicable al régimen de contratos de fiducia pública y encargo fiduciario regidos por el EGCAP, más no para la fiducia mercantil, cuyo régimen general está previsto en el derecho comercial.

Igualmente, puede consultarse sobre las regulaciones contables y financieras que resulten aplicables a dichos negocios fiduciarios, de índole financieros, que sean de competencia de otras autoridades, como, por ejemplo, la Superintendencia Financiera que tiene la facultad de emitir circulares para «Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades».

¿Diferencias entre Fiducia Mercantil, Fiducia Pública y Encargo Fiduciario?

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas con mayor detalle en el numeral 2.2 de este concepto, se aclara que el contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública y encargo fiduciario, regulados en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues estos últimos nunca implicarán transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni se constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad estatal. Lo anterior, a diferencia del contrato de fiducia mercantil, en el cual sí ocurre la transferencia de los bienes fideicomitidos, además de formarse un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo. Adicionalmente, como se explicó en las consideraciones, la constitución de patrimonios autónomos por parte de las entidades estatales sometidas al EGCAP solamente puede darse en virtud de una autorización legal.

Además, respecto de la fiducia pública y el encargo fiduciario, el Consejo de Estado ha precisado que el primero constituye un contrato nuevo y autónomo, y el segundo se autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren –Ley 80 de 1993 art. 32, numeral 5, inciso 2–, lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios –Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 2, literal c– y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria –Ley 80 de 1993, artículo 25, numeral 20–[[13]](#footnote-14).

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Conviene señalar que el término de respuesta frente a la petición de la referencia fue ampliado mediante comunicación del 3 de agosto de 2022. [↑](#footnote-ref-2)
2. 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-3)
3. Así lo expresó el alto tribunal: «Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993». (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de marzo de 1998. Radicado Nro. 1.074. CP.: Cesar Hoyos Salazar. [↑](#footnote-ref-5)
5. Ibidem [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de marzo de 1998. Radicado Nro. 1.074. CP. Cesar Hoyos Salazar. [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 3 e 1991 «por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones». [↑](#footnote-ref-8)
8. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 4 de julio de 2003, C. P. César Hoyos Salazar, Radicación: 1502 [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Radicado Nro. (55147). M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-10)
10. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La contratación de proyectos de vivienda de interés social ¿régimen excepcional o aplicación del estatuto de contratación? Universidad Externado de Colombia. Revista digital de derecho administrativo, n.º 7, segundo semestre/2012, p. 100. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3235>. [↑](#footnote-ref-11)
11. Según las funciones y facultades del numeral 3 del artículo 326 del Decreto Ley 663 de 1993 – Estatuto Orgánico Financiero, que es el sustento legal de la Circular Externa No. 46 de 3 de septiembre de 2008 de la Superintendencia Financiera, entre otras. [↑](#footnote-ref-12)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Radicado Nro. (55147). M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de marzo de 1998. Radicado Nro. 1.074. CP. Cesar Hoyos Salazar. [↑](#footnote-ref-14)