**ANTICIPO – Regulación normativa**

En materia de contratación pública, la figura del anticipo está prevista en dos (2) normas: el inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. En cuanto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que “En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.

Por su parte, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo. Según esta disposición, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, cuando se pacte en contratos de obra, concesión, salud, o en todos aquellos que se realicen por licitación pública, “salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía”. Lo anterior, con el fin de garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato

**ANTICIPO – Definición jurisprudencial**

Aunque las normas citadas no definen el anticipo, el Consejo de Estado ha precisado su naturaleza jurídica fijando parámetros para su aplicación. En uno de sus pronunciamientos más recientes, el Consejo de Estado se refirió al anticipo como “un recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado”.

Sobre la calidad de recurso público del anticipo, la jurisprudencia ha reiterado que “dicho dinero no hace parte del patrimonio del contratista y le pertenece a la entidad contratante hasta tanto se amortice. De allí se deduce que la función del anticipo en el contrato es, de entrada, financiar las prestaciones del contratista, y hace razonable el amparo del buen manejo y correcta inversión de estos recursos dentro de la garantía única de cumplimiento”. Igualmente, explica que el anticipo, al facilitar al contratista la financiación de los bienes y servicios que se le han encargado, es un factor determinante para impulsar la ejecución del contrato. Este también es el entendimiento de la doctrina, que ha considerado el anticipo como un dinero entregado al contratista que debe cancelarse mediante descuentos parciales, siendo una práctica común que permite impulsar la ejecución del contrato.

Así, de acuerdo con las consideraciones de la jurisprudencia y la doctrina, el anticipo es aquella suma de dinero entregada al contratista con la finalidad de apalancarlo financieramente para solventar los costos de la ejecución del contrato. Este dinero debe amortizarse de acuerdo con el avance en la ejecución. De esta forma, los recursos entregados a título de anticipo son del erario, razón por la que debe garantizarse su buen manejo y correcta inversión.

**ANTICIPO – Autonomía de la voluntad – Derechos y obligaciones recíprocos**

Como característica esencial del anticipo, derivada del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el pacto proviene de la autonomía de la voluntad de las partes. De allí que se generen una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre ellas. Por un lado, el contratante tiene la obligación de entregar el valor pactado como anticipo y el derecho a que los recursos sean empleados en la forma estipulada. Por otro lado, el contratista tiene derecho a recibir dicho anticipo y la obligación de destinarlo a la ejecución del contrato.

Las entidades estatales tienen la facultad de pactar la entrega de anticipos en los contratos que celebren. Para ello, deberán realizar el estudio correspondiente con el fin de determinar la conveniencia de otorgar recursos al contratista bajo esa denominación. De este modo, las entidades podrán determinar las condiciones de entrega, el monto –que no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato–, el plazo de amortización, las condiciones necesarias para su exigibilidad, así como todas las obligaciones para su correcta inversión.

Adicionalmente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 no restringe el tipo de contratos estatales en los cuales es posible el ejercicio de esta facultad. Es decir, no limita la posibilidad de pactar anticipo dependiendo de la tipología contractual o la modalidad de selección del contratista. De hecho, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone como única limitación el valor máximo que puede desembolsar la entidad para pactar el anticipo

**CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Artículo 91 ley 1474 de 2011**

Es evidente entonces que para ciertos tipos de contratos la Ley ha impuesto la obligación al contratista de constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable. Esta obligación tiene el propósito de asegurar el buen manejo de los recursos que se entreguen a título de anticipo, así como garantizar que estos sean destinados única y exclusivamente para solventar los costos iniciales de la ejecución, de acuerdo con las condiciones pactadas.

En ese sentido, es claro que el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 determina el ámbito de aplicación, al enumerar los casos en los cuales es deber del contratista constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo. Para tales efectos, se establecen los siguientes contratos: i) obra, ii) concesión, iii) salud y iv) los contratos derivados de un proceso de licitación pública

**FIDUCIA – Fiducia pública –– Encargo fiduciario - Patrimonio autónomo y fiducia mercantil –– Diferencias.**

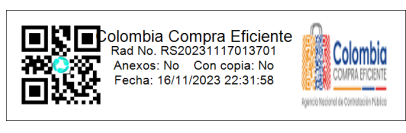
El contrato de fiducia mercantil encuentra su definición en el artículo 1226 del Código de Comercio, norma que establece como elementos característicos del negocio jurídico: i) la existencia de al menos dos sujetos: fiduciante y fiduciario y, ii) la transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos (…) Por su parte, existe un encargo fiduciario en aquellos casos en que no se presenta la transferencia de propiedad de los bienes, de tal suerte que estos no salen del patrimonio del fideicomitente.

Dadas estas características particulares, es claro que 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 Comercio19 .

De esta manera, las entidades estatales pueden suscribir tanto contratos de fiducia pública como encargos fiduciarios, sin perjuicio de que pueda suscribir también contratos de fiducia mercantil, conforme a lo analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C086 de 1995. Sin embargo, frente a esta última tipología contractual el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que la Ley 80 de 1993 restringió su suscripción para los entes públicos, y por ello, ha indicado que la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente debe darse en virtud de una autorización legal21 .

(…)

En virtud de la interpretación acogida en la “Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable” emitida por esta Agencia, la interpretación sobre el tipo de negocio fiduciario que se debe constituir por parte del contratista para le manejo de los recursos girados por concepto de anticipo, se inclina exclusivamente en señalar que esta corresponde a la constitución de un contrato de fiducia mercantil irrevocable. No obstante, es crucial destacar que tanto los lineamientos de la guía como del presente concepto tienen como finalidad interpretar normativas generales, no resolver disputas particulares ni asesorar casos específicos, por lo tanto, no resultan ser vinculantes ni de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios.

Bogotá D.C., 15 de noviembre de 2023

Señora

**Irma Guevara Fajardo**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 421 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ANTICIPO – Regulación normativa / ANTICIPO – Definición jurisprudencial / ANTICIPO – Autonomía de la voluntad – Derechos y obligaciones recíprocos / CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA O PATRIMONIO AUTÓNOMO IRREVOCABLE – Artículo 91 ley 1474 de 2011/ FIDUCIA – Fiducia pública –– Encargo fiduciario - Patrimonio autónomo y fiducia mercantil –– Diferencias. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20231002015632 |

Estimada señora Guevara,

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 de fecha 2 de octubre de 2023.

# Problema planteado

Usted formuló la siguiente consulta:

“(…) El artículo 91 de la ley 1474, en la siguiente frase; “el contratista deberá́ constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo”. Mi interpretación es que también puede constituir un encargo fiduciario y no necesariamente una fiducia mercantil para el manejo de los anticipos.” (Sic).

# Consideraciones

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente; ii) naturaleza jurídica del anticipo; iii) el ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; iv) Diferencias entre los contratos de fiducia mercantil, fiducia pública y encargo fiduciario; y, v) contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos para el manejo de anticipo.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicados números 4201714000000768 del 10 de marzo de 2017, 4201713000000879 del 24 de marzo de 2017, 4201713000002621 del 27 de julio de 2017, 4201714000004176 del 28 de agosto de 2017, 4201714000005628 del 11 de diciembre de 2017, 4201814000000698 del 14 de abril de 2018, C-049 del 21 de febrero de 2020, C-209 del 16 de marzo de 2020, C-693 del 25 de noviembre de 2020, C-731 del 14 de diciembre de 2020, C-154 del 18 de mayo de 2021, C-842 del 7 de diciembre de 2022, C-825 del 28 de diciembre de 2022, C-033 de 27 de febrero de 2023, C-003 de 13 de marzo de 2023, C-037 del 5 de abril de 2023 y C-109 de 10 de mayo de 2023 y C- 157 e 10 de agosto de 2023[[1]](#footnote-1), se abordó el análisis y estudio de la facultad de las entidades estatales para pactar la entrega de anticipos en los contratos estatales y el ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

Igualmente, la Agencia se pronunció sobre el contrato de fiducia mercantil y la capacidad contractual del patrimonio autónomo derivado de dicho contrato y la diferencia entre la fiducia pública y el encargo fiduciario en los conceptos con radicado No. 2201913000005645 del 8 de agosto de 2019 y 2201913000008612 del 19 de noviembre de 2019 y C-900 del 28 de noviembre de 2022. La tesis propuesta en dichos conceptos se expone a continuación y se complementa en lo pertinente.

**2.1 Competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Reiteración de Línea.**

En ejercicio de las competencias consagradas en el numeral 5 del artículo 3 y numeral 8, 12, del artículo 11 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. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que dispone lo siguiente:

 ”Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

  La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. 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 otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

En concordancia con ello, es importante resaltar que esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen similar función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación[[2]](#footnote-2) aclaró que el concepto “sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011”. Igualmente, en concepto del año 2017, la Contraloría General[[3]](#footnote-3) de la República precisó que los *“[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]”.*

En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de esta Agencia sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la única posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes[[4]](#footnote-4).

De este modo, las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático.

De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, los conceptos “no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

**2.2. Naturaleza jurídica del anticipo. Reiteración de línea**

En materia de contratación pública, la figura del anticipo está prevista en dos (2) normas: el inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. En cuanto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que “En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.

Por su parte, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo. Según esta disposición, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, cuando se pacte en contratos de obra, concesión, salud, o en todos aquellos que se realicen por licitación pública, *“salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*”. Lo anterior, con el fin de garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato.

Aunque las normas citadas no definen el anticipo, el Consejo de Estado ha precisado su naturaleza jurídica fijando parámetros para su aplicación[[5]](#footnote-5). En uno de sus pronunciamientos más recientes, el Consejo de Estado se refirió al anticipo como “un recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado”[[6]](#footnote-6).

Sobre la calidad de recurso público del anticipo, la jurisprudencia ha reiterado que “dicho dinero no hace parte del patrimonio del contratista y le pertenece a la entidad contratante hasta tanto se amortice. De allí se deduce que la función del anticipo en el contrato es, de entrada, financiar las prestaciones del contratista, y hace razonable el amparo del buen manejo y correcta inversión de estos recursos dentro de la garantía única de cumplimiento”[[7]](#footnote-7). Igualmente, explica que el anticipo, al facilitar al contratista la financiación de los bienes y servicios que se le han encargado, es un factor determinante para impulsar la ejecución del contrato[[8]](#footnote-8). Este también es el entendimiento de la doctrina, que ha considerado el anticipo como un dinero entregado al contratista que debe cancelarse mediante descuentos parciales, siendo una práctica común que permite impulsar la ejecución del contrato[[9]](#footnote-9).

Así, de acuerdo con las consideraciones de la jurisprudencia y la doctrina, el anticipo es aquella suma de dinero entregada al contratista con la finalidad de apalancarlo financieramente para solventar los costos de la ejecución del contrato. Este dinero debe amortizarse de acuerdo con el avance en la ejecución. De esta forma, los recursos entregados a título de anticipo son del erario, razón por la que debe garantizarse su buen manejo y correcta inversión.

Como característica esencial del anticipo, derivada del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el pacto proviene de la autonomía de la voluntad de las partes. De allí que se generen una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre ellas. Por un lado, el contratante tiene la obligación de entregar el valor pactado como anticipo y el derecho a que los recursos sean empleados en la forma estipulada. Por otro lado, el contratista tiene derecho a recibir dicho anticipo y la obligación de destinarlo a la ejecución del contrato. De esta manera, el Consejo de Estado explica lo siguiente:

“[…] En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de entregar y recibir - previa constitución de la garantía -, respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras etc). En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos: -De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista. -De recibir, por amortización, y/o hacer efectiva la garantía de anticipo, o de cumplimiento, según el Estatuto de Contratación vigente, por parte del contratante**,** por hechos del contratista que impliquen mal manejo o incorrecta inversión de los dineros de propiedad pública. Las partes contratantes, acuerdan además en el contrato, las condiciones de efectividad, la proporción con el valor del contrato, la oportunidad en que debe entregarse, la vigilancia Estatal sobre las sumas y las amortizaciones.”[[10]](#footnote-10)

Las entidades estatales tienen la facultad de pactar la entrega de anticipos en los contratos que celebren. Para ello, deberán realizar el estudio correspondiente con el fin de determinar la conveniencia de otorgar recursos al contratista bajo esa denominación. De este modo, las entidades podrán determinar las condiciones de entrega, el monto –que no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato–, el plazo de amortización, las condiciones necesarias para su exigibilidad, así como todas las obligaciones para su correcta inversión.

Adicionalmente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 no restringe el tipo de contratos estatales en los cuales es posible el ejercicio de esta facultad. Es decir, no limita la posibilidad de pactar anticipo dependiendo de la tipología contractual o la modalidad de selección del contratista. De hecho, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone como única limitación el valor máximo que puede desembolsar la entidad para pactar el anticipo.

Del análisis realizado se desprende que los recursos entregados al contratista en calidad de anticipo son recursos públicos. Por tanto, corresponde a la entidad adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar la correcta inversión de los dineros entregados, las cuales deberán reflejarse en el contrato celebrado. En consecuencia, deberán constituir la garantía única de cumplimiento e incluir el amparo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015. Este amparo establece tres circunstancias que deben ser objeto de cobertura: i) la no inversión del anticipo; ii) el uso indebido del anticipo; y iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo[[11]](#footnote-11).

**2.3. Ámbito de aplicación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 – Reiteración de línea**

Como se expuso en el acápite anterior, una de las normas que regula el anticipo en materia de contratación estatal es el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. Esta norma dispone lo siguiente:

“En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista *deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos* que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*.*

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.” [Énfasis fuera de texto]

En concordancia, el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que, en los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo. Los recursos del patrimonio y sus rendimientos son autónomos, además de que se manejan de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil[[12]](#footnote-12).

Lo anterior surge como una medida para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en atención a la problemática identificada sobre el incumplimiento de los contratistas de destinar los anticipos en la ejecución del contrato[[13]](#footnote-13). De esta manera, mediante estas disposiciones se busca realizar un seguimiento a la entrega de recursos que se otorgan en calidad de anticipo, a través de la constitución de una fiducia irrevocable. Esto con la finalidad de garantizar la adecuada inversión y administración de los recursos, así como su reintegro a la Entidad Estatal.

Por su parte, la Agencia expidió la “*Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable”[[14]](#footnote-14),* que tiene como objetivo establecer lineamientos sobre el contrato de fiducia para el manejo de anticipos. En esta guía se explica que “el patrimonio autónomo para manejo de anticipos tiene como finalidad: (i) la correcta y adecuada inversión y administración del anticipo y, (ii) el reintegro de los recursos del anticipo a la Entidad Estatal cuando declara la caducidad, incumplimiento o terminación del contrato estatal o cuando se presenta la nulidad del contrato estatal”. Además, indica que, el contratista debe constituir un contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo en “los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen por licitación pública y *siempre que* no sean de menor o mínima cuantía*”* [Énfasis fuera de texto]. Igualmente, expone las condiciones para administrar los recursos del patrimonio autónomo, las obligaciones principales de la fiduciaria, el manejo de los excedentes, entre otros.

Es evidente entonces que para ciertos tipos de contratos la Ley ha impuesto la obligación al contratista de constituir una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable. Esta obligación tiene el propósito de asegurar el buen manejo de los recursos que se entreguen a título de anticipo, así como garantizar que estos sean destinados única y exclusivamente para solventar los costos iniciales de la ejecución, de acuerdo con las condiciones pactadas.

En ese sentido, es claro que el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 determina el ámbito de aplicación, al enumerar los casos en los cuales es deber del contratista constituir un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo. Para tales efectos, se establecen los siguientes contratos: i) obra, ii) concesión, iii) salud y iv) los contratos derivados de un proceso de licitación pública.

Aunque la norma menciona de manera general que en los cuatro casos anteriores se debe constituir patrimonio autónomo irrevocable o fiducia para el manejo del anticipo, la norma también determina una excepción de su aplicación para los cuatro tipos de contratos cuya disposición resulta obligatoria. Ello es así, por cuanto la expresión “*salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*”, describe que, a pesar de las enunciaciones anteriores, dicha disposición imperativa no aplica en el supuesto de hecho de que la cuantía del contrato no resulte ser de mayor cuantía, sin discriminar modalidad de selección mediante la cual se celebre dichos contratos.

Teniendo en cuenta las consideraciones desarrolladas en relación con la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, es pertinente mencionar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos C-049 del 21 de febrero de 2020, C-209 del 16 de marzo de 2020, C-693 del 25 de noviembre de 2020, C-154 del 18 de mayo de 2021, C-825 del 28 de diciembre de 2022 y C- 003 de 13 de marzo de 2023, sobre la expresión “*salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*” contenida en la parte final del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, se ha pronunciado en el sentido de indicar que dicha excepción implica que la obligación se aplica a los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, *salvo que los mismos* sean de menor o mínima cuantía, sin tener en cuenta la modalidad de selección por la que se suscribió el contrato así:

“En consideración a lo enunciado previamente, el ejercicio interpretativo que esta Agencia ha mantenido sobre la sobre la expresión “*salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía*” contenida en la parte final del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, ha sido la de entender que en los contratos cuya cuantía resulte ser de mínima o menor cuantía no será obligatoria la constitución de un patrimonio autónomo o una fiducia para administrar los recursos del anticipo, así haya surgido a través de un proceso de selección por licitación pública.”[[15]](#footnote-15)

De igual forma, la postura adoptada en los conceptos emitidos por esta Agencia reiteran la postura expuesta en la “*Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable”,* al indicar que, el contratista debe constituir un contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo en “los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen por licitación pública y *siempre que* no sean de menor o mínima cuantía*”* [Énfasis fuera de texto].

En ese sentido, es pertinente afirmar lo siguiente: 1) la fiducia o el patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos del anticipo es aplicable a contratos de obra, concesión y salud sin importar la modalidad de contratación y también, para aquellos contratos que sin importar la tipología contractual sean gestionados por licitación pública, *siempre y cuando* todos estos contratos no resulten ser de mínima o menor cuantía; ii) la fiducia o el patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos del anticipo en los casos de contratos de obra, concesión y salud no es obligatoria cuando dichos contratos se gestionan a través de procesos de selección en la modalidad de menor y mínima cuantía, pues el contrato que se llegue a celebrar estaría en curso en la excepción general contemplada en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; iii) es posible que mediante licitación pública se termine celebrando un contrato de menor o mínima cuantía, por ejemplo en caso de lotes o grupos que impliquen la celebración individual de contratos a distintos o al mismo proponente, entre otras posibilidades que se puede dar en los procesos de contratación, que estarían en curso en la excepción general contemplada en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011; iv) en los contratos de obra, salud y concesión que sean gestionados a través de la modalidad de contratación directa, será obligatoria la constitución de fiducia o patrimonio autónomo para el manejo de los recursos del anticipo, cuando dichos contratos sean de mayor cuantía.

**2.4. Diferencias entre los contratos de fiducia mercantil, fiducia pública y encargo fiduciario**

La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera[[16]](#footnote-16) define los negocios fiduciarios[[17]](#footnote-17) como: “[A]ctos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y disposiciones complementarias.”

Atendiendo a la transferencia o no de la propiedad de los bienes fideicomitidos, se ha clasificado los negocios fiduciarios entre encargo fiduciario y fiducia mercantil.

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, de la siguiente forma:

“Artículo 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL. 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, existe un encargo fiduciario en aquellos casos en que no se presenta la transferencia de propiedad de los bienes, de tal suerte que estos no salen del patrimonio del fideicomitente. En la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera previamente citada, establece:

“Cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes se está ante la denominada fiducia mercantil regulada en el art. 1226 y siguientes del C.Cio. Si no hay transferencia de la propiedad se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del C.Cio en relación con el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1 del art. 146 del EOSF21”[[18]](#footnote-18)

Sin perjuicio de esta clasificación, en el ámbito de la contratación estatal, el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, reguló el contrato de *encargo fiduciario* y la *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, es claro que 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[[19]](#footnote-19).

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 pública 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”[[20]](#footnote-20). (Cursiva fuera del original)

De esta manera, las entidades estatales pueden suscribir tanto contratos de fiducia pública como encargos fiduciarios, sin perjuicio de que pueda suscribir también contratos de fiducia mercantil, conforme a lo analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 1995. Sin embargo, frente a esta última tipología contractual el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que la Ley 80 de 1993 restringió su suscripción para los entes públicos, y por ello, ha indicado que la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente debe darse en virtud de una autorización legal[[21]](#footnote-21).

Estas conclusiones fueron reiteradas recientemente por el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil[[22]](#footnote-22), que en virtud del numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, concluyó lo siguiente:

“i) Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales tienen como objeto «la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren» 22.

ii) Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública únicamente pueden celebrarse por las entidades estatales para objetos y plazos precisamente determinados, y con estricta aplicación de lo dispuesto en el estatuto23.

iii) La fiducia pública no conlleva la trasferencia del derecho de dominio sobre los bienes o recursos estatales. En este sentido, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece expresamente: 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 gasto24.

iv) Son aplicables las normas del Código de Comercio a la fiducia pública, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993

v) No puede acudirse a un encargo fiduciario o a una fiducia pública con la finalidad de realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con lo establecido en la ley. Así, la referida Circular de la Superintendencia Financiera estableció:

5.4.2. La firmeza y seguridad jurídica de un contrato de fiducia pública o de un encargo fiduciario, según el caso, dependen necesariamente de que tanto la entidad estatal como la sociedad fiduciaria que pretende vincularse contractualmente con ella, acaten y respeten en la práctica todos los presupuestos, formas y formalidades que informan la contratación administrativa, o dicho de otro modo, no resulta viable, desde el punto de vista jurídico, celebrar contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios que conduzcan a un desconocimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007 y en las demás disposiciones reglamentarias o instrucciones emitidas por las instancias nacionales o territoriales correspondientes.

En este sentido se reitera la prohibición general mediante la cual en los términos del parágrafo del art. 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 el negocio fiduciario no puede servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales, en razón de lo cual, le corresponde a la sociedad fiduciaria desarrollar acciones que le permitan evitar que el negocio fiduciario se convierta en un instrumento de fraude a la ley. Este mismo análisis debe realizarse cuando quiera que al fideicomiso se vinculen de manera directa o indirecta recursos públicos.

Como corolario de lo anterior, toda sociedad fiduciaria está obligada, antes de celebrar con una entidad estatal un contrato de fiducia pública o un encargo fiduciario, a cerciorarse de que el mismo no adolezca de ilicitud por causa u objeto o por cualquiera otra circunstancia de la cual ella pueda derivarse.

vi) *De acuerdo con la citada circular, «a las entidades estatales, entendiendo por tales las señaladas en el numeral 1 del art. 2 de la Ley 80 de 1993, las normas a ellas aplicables reconocen expresamente la posibilidad de celebrar, en calidad de fideicomitentes, única y exclusivamente contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios».*

*Con todo, esta regla no es absoluta, pues pueden existir situaciones en las cuales una entidad pública se encuentra facultada para celebrar contratos de fiducia mercantil (…)”* (énfasis fuera de texto)

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[[23]](#footnote-23).

**2.5. Contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos para el manejo de anticipo.**

Conforme a lo expuesto, la Ley 80 de 1993 permite a las entidades estatales realizar negocios fiduciarios, siempre que tengan por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos estatales. 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 como las que permiten la constitución de patrimonio autónomo actúe de forma diferente, caso en el cual deberá aplicarse las normas del código de comercio sobre fiducia mercantil.

En ese contexto, el proyecto de Ley 142 de 2010 del senado *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”,* con la que se inicio el trámite legislativo de la Ley 1474 de 2011, contempló en su propuesta inicial el artículo 88 mediante el cual se incorporó la obligación a cargo de todo contratista de *“constituir una fiducia irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente (…)”[[24]](#footnote-24).*

La anterior propuesta fue justificada en la exposición de motivos del citado proyecto de Ley 142 de 2010 del senado con la siguiente afirmación, que fue replicada por el entonces ministro del Interior de Justicia, Germán Vargas Lleras, en los siguientes términos:

“E. Se ha identificado que de manera muy frecuente los contratistas no están aplicando los anticipos a la ejecución del contrato correspondiente, situación que finalmente produce el incumplimiento de las obligaciones o la entrega extemporánea de las obras. Por ello, se establece un sistema de seguimiento a los anticipos imponiendo la obligación del contratista de constituir una fiducia irrevocable con lo que reciba de los mismos, para que sea esta la que garantice que tales recursos se aplicarán exclusivamente a la ejecución del contrato.”

Posteriormente, en ponencia para segundo debate del Senado de la República, la propuesta del entonces artículo 85, que pasó a ser en el primer debate el artículo 95[[25]](#footnote-25) y para segundo debate el artículo 112, trajo consigo una propuesta de modificaciones de excluir de dicha obligación de constituir la fiducia irrevocable en los contratos de menor y mínima cuantía, y contemplar a la concesión dentro de dicha prerrogativa, de la siguiente forma:

“Artículo 112. *Anticipos.* En los contratos de obra y concesión el contratista deberá constituir una fiducia irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. (…)”[[26]](#footnote-26)

Dichas modificaciones fueron aprobadas por la plenaria del senado[[27]](#footnote-27) y radicado para el respectivo debate legislativo en la Cámara de Representantes mediante el proyecto de Ley 174 de 2010, cuyo contenido se aprobó sin modificaciones en su tercer[[28]](#footnote-28) y cuarto debate[[29]](#footnote-29) en la respectiva comisión, sin embargo, en plenaria de la Cámara de Representantes el artículo sufrió las siguientes modificaciones:

“Artículo 104. *Anticipos.* En los contratos de obra, concesión, *salud, o los que se realicen por licitación pública*, el contratista deberá constituir una fiducia *o un patrimonio* *autónomo* irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto por los rendimientos financieros que genere la inversión temporal del anticipo.

Parágrafo 1°. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal”[[30]](#footnote-30) (énfasis fuera de texto)

EL artículo anterior fue el texto definitivo que se concilió tanto en Senado como en Cámara de Representantes[[31]](#footnote-31), que posteriormente pasó a ser el texto final del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. Como puede observarse, hasta antes de su último debate se contempló que el anticipo se manejaría mediante la constitución de una fiducia irrevocable por parte del contratista, entendida esta como aquel negocio fiduciario donde el fideicomitente no lo puede terminar unilateralmente, sin que el texto de la norma o la exposición de motivos o los informes de ponencias especificaran el tipo de negocio fiduciario a celebrar, esto es, si se refirió a la fiducia pública, al encargo fiduciario o a la fiducia mercantil.

Tan sólo en el último debate ante la plenaria de la Cámara de Representantes, se agregó la posibilidad de manejar los recursos del anticipo a través de un patrimonio autónomo irrevocable, el cual implica de por si, la habilitación legal para la celebración por parte de las entidades estatales de fiducias mercantiles irrevocables, pues sólo a través de este tipo de negocio fiduciario puede garantizarse la transferencia del derecho de dominio de los bienes y estos pasan a conformar un patrimonio autónomo. Lo anterior implica que los recursos del anticipo y sus rendimientos son administrados de manera autónoma por parte de la fiduciaria, es decir, dichos recursos dejan de ser de propiedad de la Entidad Estatal cuando se constituye un patrimonio autónomo.

Sin embargo, esta última modificación en el texto del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 puede interpretarse de dos maneras con relación al tipo de negocios fiduciarios que el contratista deberá constituir. La primera interpretación sugiere que al indicar que se puede “constituir *una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable (…)”* para el manejo de los recursos del anticipo, se habilitó la posibilidad de celebrar todo tipo de negocio fiduciario. Esto se debería a la inclusión del conector “o” entre la modificación y la propuesta inicial del texto del artículo aprobada en debates anteriores, que se interpreta que contiene un valor disyuntivo de expresar alternativas entre distintas opciones, lo que traduce a que se estaría habilitando al contratista para celebrar diferentes alternativas de negocios fiduciarios, entre ellos, la fiducia pública, el encargo fiduciario y la fiducia mercantil, siempre y cuando todos estos sean irrevocables, pues el legislador no realizó distinción alguna al respecto.

Por su parte, la segunda interpretación plantea que el conector “o” no debe de interpretarse como un conector que presenta diferentes alternativas de negocios fiduciarios, sino como un conector que expresa una equivalencia denominativa, la que correspondería únicamente a la habilitación legal para constituir patrimonios autónomos irrevocables, los cuales sólo son factibles mediante la celebración de contratos de fiducia mercantil irrevocable. Esto se fundamenta principalmente al señalar que la única intención clara del legislador, durante todo el trámite legislativo, fue la de habilitar legalmente la transferencia de la propiedad de los recursos públicos entregados como anticipo para que estos sean administrados mediante un patrimonio autónomo.

Esta última interpretación fue la acogida en la “*Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable”[[32]](#footnote-32)* expedida por esta Agencia, cuyo acápite “II. Condiciones del contrato de fiducia para el manejo de anticipos” dispuso que:

*“Para el manejo del anticipo, el contrato de fiducia mercantil irrevocable debe ser de administración y pagos. (…) No son admisibles otro tipo de negocios fiduciarios como los encargos fiduciarios, la fiducia pública o fiducia mercantil de garantía, los cuales no corresponden a la finalidad prevista por la ley para el manejo de anticipos.”*

En consecuencia, para la Agencia, el manejo de los recursos girados por concepto de anticipo sólo puede ser administrado a través de una fiducia mercantil irrevocable. Al respecto, la entidad estructuró un documento de modelo de contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de anticipos disponible en el siguiente enlace: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/20151115_contrato_de_fiducia_para_el_manejo_de_anticipos_v2_0.pdf>

**3. Respuesta**

“(…) El artículo 91 de la ley 1474, en la siguiente frase; “el contratista deberá́ constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo”. Mi interpretación es que también puede constituir un encargo fiduciario y no necesariamente una fiducia mercantil para el manejo de los anticipos.” (Sic).

En virtud de la interpretación acogida en la “*Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable”* emitida por esta Agencia, la interpretación sobre el tipo de negocio fiduciario que se debe constituir por parte del contratista para le manejo de los recursos girados por concepto de anticipo, se inclina exclusivamente en señalar que esta corresponde a la constitución de un contrato de fiducia mercantil irrevocable. No obstante, es crucial destacar que tanto los lineamientos de la guía como del presente concepto tienen como finalidad interpretar normativas generales, no resolver disputas particulares ni asesorar casos específicos, por lo tanto, no resultan ser vinculantes ni de obligatorio cumplimiento para sus destinatario.

En ese orden de ideas, si bien la redacción del artículo no especifica de manera exclusiva el tipo de fiducia a constituir por parte del contratista, la interpretación específica del término “fiducia” y su alcance legal en el contexto normativo expuesto puede generar debate. No obstante, esta entidad reconoce que, si bien la norma no excluye explícitamente la opción de utilizar un encargo fiduciario, la mención directa a la constitución de una “fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable” podría sugerir una intención legislativa de únicamente priorizar o dar preferencia a los contratos de fiducias mercantiles irrevocables sobre otros tipos de negocios fiduciarios, puesto que está sería la única figura contractual que permitiría, por habilitación legal, la constitución de un patrimonio autónomo.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Any Alejandra Tovar Castillo  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-1)
2. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p. 59 [↑](#footnote-ref-4)
5. “Ver, entre otros: CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Rad. AC-10966 - AC-11274; y Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Providencias del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10607; del 13 de julio de 2000. Rad. 12513; del 10 de noviembre de 2000. Rad. 18709; del 22 de junio de 2001. Rad. 12136; del 11 de diciembre de 2003. Rad. 25000-23-26-000-1993-08696-01(13348); del 19 de agosto de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1994-00114-01(14111)”. Citado en CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. (40102). C.P: María Adriana Marín [cita No. 35]. [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. (40102). C.P: María Adriana Marín [↑](#footnote-ref-6)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 2 de octubre del 2020. Rad. 63644. CP. Jaime Enrique Rodríguez Nava. [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque [↑](#footnote-ref-8)
9. “Se trata de un dinero entregado a título de crédito a favor de la entidad contratante, el cual debe ser debidamente cancelado a través de los descuentos hechos a los valores cobrados por el contratista, de modo que por medio de dicho mecanismos el dinero entregado como anticipo se convierta en parte del pago como contraprestación a la ejecución de las actividades propias del objeto pactado en virtud del contrato, siendo una práctica usual que permite impulsar la ejecución del contrato con la agilidad que requiere la administración para concluir la ejecución del objeto contratado, en aras de dar cumplimiento al mandato de una continua y eficiente prestación del servicio público a su cargo” (EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 165-166). De igual manera, se ha expuesto que “Son recursos que deberán amortizarse en proporción a la ejecución del contrato pues se trata de una especie muy particular de préstamo. Lo anterior tiene consecuencias muy importantes, porque se trata de recursos públicos administrados por un particular (contratista), y en esa medida cualquier desviación de estos recursos a fines distintos a los contemplados dentro del contrato podrá propiciar las correspondientes acciones de carácter penal” (MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 4 ed., 2015, p. 921 y ss). [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Exp. AC-10966 - AC-11274. Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá. [↑](#footnote-ref-10)
11. ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

    1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

    2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

    3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

    3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

    3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

    3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

    3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

    4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

    La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

    5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

    6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

    7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

    “8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato. [↑](#footnote-ref-11)
12. “Artículo 2.2.1.1.2.4.1.Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos.En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.

    Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

    En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

    En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el Interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sobre el particular, se puede consultar la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, Gaceta 607 del 2010, disponible en: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index.xhtml;jsessionid=b3ba7213a248bacd37376ffcedca> [↑](#footnote-ref-13)
14. La Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable puede ser consultada en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_manejo_anticipos.pdf> [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver concepto C-003 de 13 de marzo de 2023 emitido por la ANCP-CCE [↑](#footnote-ref-15)
16. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica 29 del 3 de octubre de 2014.

    Número 029. Ver en línea: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce----10083443> [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de diciembre de 2021. Exp. SC5430-2021, señaló la siguiente definición de los negocios fiduciarios: “[l]a expresión fiducia (fidutia, confianza), tener fe (fides), ser fiel (fidus, fiel), estar a la palabra (fit quod dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro. [↑](#footnote-ref-17)
18. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica 29 del 3 de octubre de 2014.

    Número 029. Ver en línea: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce----10083443> [↑](#footnote-ref-18)
19. 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-19)
20. 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-20)
21. Ibidem [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de junio de 2022. Radicado Nro. 00005. CP.: Édgar González López. [↑](#footnote-ref-22)
23. 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-23)
24. Congreso de la República, Senado, Proyecto de Ley Número 142 de 2010. Ver en gaceta 607 del 7 de septiembre de 2010. Ver en línea: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/> [↑](#footnote-ref-24)
25. Congreso de la República, Senado, Proyecto de Ley Número 142 de 2010. Ver en gaceta 784 del 19 de octubre de 2010. Ver en línea: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/> [↑](#footnote-ref-25)
26. Congreso de la República, Senado, Proyecto de Ley Número 142 de 2010. Ver en gaceta 1002 del 1 de diciembre de 2010. Ver en línea: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/> [↑](#footnote-ref-26)
27. Congreso de la República, Senado, Proyecto de Ley Número 142 de 2010. Ver en gaceta 1117 del 22 de diciembre de 2010. Ver en línea: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/> Al respecto, el artículo aprobado fue el siguiente: “Artículo 109. Anticipos. En los contratos de obra y concesión el contratista deberá constituir una fiducia irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

    El costo de la comisión fiduciaria será cubierto por los rendimientos financieros que genere la inversión temporal del anticipo.

    Parágrafo 1°. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal.” [↑](#footnote-ref-27)
28. Congreso de la República, Cámara de Representantes, Proyecto de Ley Número 174 de 2010. Ver en gaceta 19 de 8 de febrero de 2011. Ver en línea: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/> [↑](#footnote-ref-28)
29. Congreso de la República, Cámara de Representantes, Proyecto de Ley Número 174 de 2010. Ver en gaceta 128 de 30 de marzo de 2011. Ver en línea: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/> [↑](#footnote-ref-29)
30. Congreso de la República, Cámara de Representantes, Proyecto de Ley Número 174 de 2010. Ver en gaceta 258 del 12 de mayo de 201. Ver en línea: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/> [↑](#footnote-ref-30)
31. Congreso de la República, Senado, informes de conciliación en gaceta 311 y 312 del 25 de mayo de 2011 Ver en línea: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/> [↑](#footnote-ref-31)
32. La Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia irrevocable puede ser consultada en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_manejo_anticipos.pdf> [↑](#footnote-ref-32)