**CONTRATO DE FIDUCIA PÚBLICA – Ley 80 de 1993 – Modalidad de selección**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que estos contratos se celebran entre entidades estatales con las sociedades fiduciarias cuyo objeto consiste en la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Además, señala que la selección de las sociedades fiduciarias a contratar sea pública o privada, se realizará a través del procedimiento de licitación o concurso. En este sentido, la forma para contratar a las sociedades fiduciarias será por medio de un proceso competitivo, excluyendo de forma expresa la posibilidad de que se contrate a las sociedades fiduciarias por medio de la modalidad de contratación directa.

La entidad estatal no podrá delegar a la sociedad fiduciaria la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, y por lo tanto, la sociedad fiduciaria no podrá escoger a la constructora de un contrato de obra pública; ya que esta es una función propia de la entidad estatal contratante.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Convenios interadministrativos – Contratos interadministrativos – Prohibición – Parágrafo del articulo 38**

Durante la vigencia de la Ley de Garantías que rigen este año no se podrá celebrar contratos de fiducia si se cumplen los siguientes presupuestos: i) la entidad contratante es una entidad territorial o una entidad descentralizada de orden departamental, municipal o distrital y, ii) la sociedad fiduciaria con la cual se celebrará el contrato es un Ente del estado o una entidad estatal. Lo anterior, toda vez que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, Departamental o Distrital celebrar contratos interadministrativos, sin importar, la modalidad de selección del contrato o el objeto.

Bogotá D.C., 30/09/2019 Hora 17:6:17s

Señora

# Nathalie Arenas Flórez

Quimbaya, Quindío

**N° Radicado: 2201913000007245**

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201913000006019 |
| **Temas:** | Aplicación Ley de Garantías, contratación directa, contrato de fiducia |
| **Tipo de asunto consultado:** | Restricción de Ley de Garantías frente a los contratos de Fiducia |

Estimada señora Arenas,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 29 de agosto de 2019, 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. Su consulta fue remitida por el Departamento Administrativo de Función Pública mediante radicado No. 20192040283201, el 28 de agosto de 2019.

# Problema planteado

¿El municipio puede de manera directa contratar una fiducia, entregar a esta un bien inmueble, constituir un patrimonio autónomo y dicha fiducia posteriormente contratar sin injerencia del municipio, la constructora que desarrollara el proyecto? ¿En caso de ser viable, es posible realizar ese contrato durante la vigencia de la Ley de Garantías?

# Consideraciones

El artículo 1226 del Código de Comercio define la fiducia mercantil como 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”. Además, el artículo 1233 señala que los bienes objeto de la fiducia salen del patrimonio del fideicomitente, pero no entran al del fiduciario; además, para los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario[[1]](#footnote-1).

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que estos contratos se celebran entre entidades estatales con las sociedades fiduciarias cuyo objeto consiste en la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Además, señala que la selección de las sociedades fiduciarias a contratar sea pública o privada, se realizará a través del procedimiento de licitación o concurso. En este sentido, la forma para contratar a las sociedades fiduciarias será por medio de un proceso competitivo, excluyendo de forma expresa la posibilidad de que se contrate a las sociedades fiduciarias por medio de la modalidad de contratación directa[[2]](#footnote-2).

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1074 del 4 de febrero de 1998, Consejero Ponente César Hoyos Salazar, señala que las principales características de la fiducia pública regulada por la Ley 80 de 1993 son: i) la fiducia pública no implica transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituye tampoco un patrimonio autónomo. ii) la Ley 80 de 1993 prevé en el artículo 41, parágrafo 2 inciso 2, la constitución de patrimonios autónomos para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales y, iii) el encargo y la fiducia pública tienen como sujeto contratante a las entidades estatales fideicomitentes, de manera que no se puede delegar a las sociedades fiduciarias y que la remuneración o comisión de la fiduciaria no se puede pactar con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados[[3]](#footnote-3).

A su vez, el Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado No. 29.303 del 27 de marzo de 2008, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, reitera que la forma para contratar los contratos de fiducia es por medio de la modalidad de licitación pública y, por lo tanto, toda selección de una sociedad fiduciaria deberá hacerse a través de un proceso competitivo. De igual forma, se señala que el legislador adoptó el criterio de especialidad que sustrae de la contratación directa a todos los contratos relativos a fiducia y la somete a adelantar un proceso competitivo por medio de la licitación.

El texto del inciso 5 del numeral 5 del artículo 32 de la ley 80 es claro y preciso, en tanto a juicio de la Sala no acusa equívoco alguno en su interpretación. Con todo, aún admitiendo que su coexistencia con el literal i) del numeral 1º del artículo 24 de la ley 80 ofreciera hipotéticamente algún grado de ambigüedad -o si se quiere- incompatibilidad, si se recurre al espíritu de la ley 80, para determinar su alcance a partir del elemento histórico (voluntas legislatoris), esto es, de la historia fidedigna de su establecimiento, se tiene que la intención del legislador fue siempre la de someter a los contratos fiduciarios al proceso de selección por vía de licitación, así se desprende del estudio de los trabajos preparatorios de la ley 80. Así, del desarrollo del proceso legislativo dimana también la significación antes expuesta, esto es, el sometimiento a procesos licitatorios en la selección de fiducias.

Conforme a lo anterior, de forma expresa la Ley 80 de 1993 previó que todos los contratos que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias se deberán realizar por medio de la modalidad de licitación pública, y de esta forma excluye la posibilidad de que las entidades estatales celebren de forma directa los contratos cuyo objeto consista la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Además, las entidades estatales no pueden delegar a las sociedades fiduciaria la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, por lo tanto, la sociedad fiduciaria no podrá escoger el contratista del contrato de obra pública.

Frente a la posibilidad que se celebren este tipo de contratos durante la vigencia de la Ley de Garantías, de acuerdo con el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, en los siguientes términos:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(…)

Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Lo anterior quiere decir que los gobernadores, alcaldes distritales y municipales, secretarios de despacho, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, tienen prohibido, a partir del día 27 de junio y hasta el

27 de octubre de la actual vigencia fiscal, celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

El contrato o el convenio interadministrativo fue creado en la Ley 80 de 1993 y aunque esta Ley no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[4]](#footnote-4).

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

Ahora, en razón a que se pregunta si es posible celebrar los contratos de fiducia durante la vigencia de la Ley de Garantías, se señala que se encontrarán prohibidos la celebración de estos contratos cuando: i) sea una entidad de orden territorial o entidad descentralizada de orden territorial la entidad contratante, y, además, ii) la sociedad fiduciaria tenga la calidad de entidad estatal. Lo anterior, toda vez que, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe la celebración de contratos interadministrativos, sin importar la modalidad de selección del contratista o el objeto del contrato.

# Respuesta

El inciso 5, del numeral 5, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que la modalidad de selección de las sociedades fiduciarias para celebrar el contrato de fiducia es a través de la licitación pública, por lo tanto, no es posible celebrarlo directamente. En este sentido, el municipio debe abrir un proceso de convocatoria pública para seleccionar la sociedad fiduciaria a la cual se le encomendará la administración de unos recursos, y no lo podrá celebrar directamente.

Además, la entidad estatal no podrá delegar a la sociedad fiduciaria la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, y por lo tanto, la sociedad fiduciaria no podrá escoger a la constructora de un contrato de obra pública; ya que esta es una función propia de la entidad estatal contratante.

Finalmente, durante la vigencia de la Ley de Garantías que rigen este año no se podrá celebrar contratos de fiducia si se cumplen los siguientes presupuestos: i) la entidad contratante es una entidad territorial o una entidad descentralizada de orden departamental, municipal o distrital y, ii) la sociedad fiduciaria con la cual se celebrará el contrato es un Ente del estado o una entidad estatal. Lo anterior, toda vez que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, Departamental o Distrital celebrar contratos interadministrativos, sin importar, la modalidad de selección del contrato o el objeto.

En este sentido, será posible celebrar el contrato de fiducia pública si la sociedad fiduciaria no tiene la calidad de entidad estatal, ya que no se celebra un contrato interadministrativo

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

Atentamente,



Proyectó: Sara Milena Núñez Aldana

1. Código de Comercio: “Artículo 1233. Separación de bienes fideicomitidos**.** Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 80 de 1993: “Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(…)

“5. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

“Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo [25](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”. [↑](#footnote-ref-2)
3. “La norma contenida en el inciso 8 del numeral 5 del art 32 de la ley 80 de 1993, según la cual, ´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´, significa que a la fiducia pública se le aplican las normas de la fiducia mercantil contempladas en el mencionado código, con las siguientes cuatro salvedades: a) en la fiducia pública no hay transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicometidos ; b) no se constituye un patrimonio autónomo ; c) la adjudicación de los contratos derivados de ella corresponde a la entidad estatal fideicomitente,

d) la comisión de la sociedad fiduciaria no se puede cancelar con los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos estén presupuestados lo anterior no se aplica respecto de los casos en que dicha ley autoriza patrimonios autónomos, como tampoco para el caso de la fiducia mercantil previsto en ley posterior.

“En relación con la etapa precontractual, las entidades estatales para celebrar tanto el encargo fiduciario como la fiducia pública, requieren surtir el procedimiento de licitación o concurso públicos, salvo lo que se disponga en normas especiales.

“En cuanto a la parte contractual, el clausulado del encargo fiduciario y de la fiducia pública debe observar las cuatro salvedades expuestas anteriormente. Respecto de la etapa precontractual, los negocios fiduciarios celebrados por entidades estatales, deben ser objeto de la liquidación del contrato prevista en el art 60 de la ley 80 de 1993 o disposiciones legales especiales. Un mecanismo que podría servir para la contratación ágil y oportuna en beneficio de los desplazados, sería el de la declaratoria de urgencia manifiesta, siempre y cuando se den los postulados del art 42 de la ley 80 de 1993. También se podría considerar la posibilidad de contratos de concesión para la prestación y operación de servicios públicos o la construcción de obras públicas en beneficio de la población desplazada por la violencia”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4. *“*La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

“Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales [↑](#footnote-ref-4)