**FIDUCIA MERCANTIL- Concepto-Características-Patrimonio Autónomo**

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Dadas estas características particulares, el contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues este último “nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial”. Así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-086 de 1995 –expedida con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa–, al señalar que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio[[1]](#footnote-2).

De la jurisprudencia constitucional se entiende que las entidades estatales pueden suscribir contratos de fiducia mercantil. Sin embargo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de marzo de 1998, con radicado número 1.074 –Consejero Ponente: Cesar Hoyos Salazar–, consideró que la Ley 80 de 1993 tiene como objetivo restringir los negocios fiduciarios que pueden celebrar los entes públicos, y por ello, a pesar de que el contrato de fiducia pública es diferente al de fiducia mercantil, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente debe darse en virtud de una autorización legal, como es el caso de los procesos de titularización de activos e inversiones, tal como lo autoriza expresamente el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[[2]](#footnote-3).

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente comparte esta posición, y por tanto considera que la constitución de patrimonios autónomos, por parte de entidades estatales solo puede darse en virtud de una disposición legal expresa. En efecto, en respuesta a la consulta con radicado No. 4201912000004359 y con radicado de salida No. 2201913000005645 del 8 de agosto de 2019, esta Agencia manifestó que: “Es posible que una entidad estatal celebre un contrato de fiducia mercantil y con él se constituya un patrimonio autónomo, siempre que una norma especial lo autorice. Esta fiducia mercantil es diferente a la fiducia pública definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y se rige por las disposiciones **comerciales y civiles pertinentes, salvo en los aspectos particularmente regulados en la Ley 80 de 1993”.**

**FIDUCIA MERCANTIL- Contrato de Fiducia mercantil-fiducia Pública -Encargo Fiduciario-Regulación Contrato Encargo Fiduciario-Fiducia Pública**

Conforme a lo explicado *supra*, 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, 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 podrá 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, y como se mencionó en el capítulo anterior, 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

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]

Señora

Mayerly Jaraba Ternera

Santa Marta,



**Concepto C ─ 059 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | FIDUCIA MERCANTIL – concepto – Características / FIDUCIA MERCANTIL – Fiducia pública – Patrimonio autónomo – Diferencias / FIDUCIA MERCANTIL – Fiducia Pública – Patrimonio autónomo – Encargo fiduciario / ANTICIPO – Regulación normativa / ANTICIPO – Autonomía de la voluntad- Derecho y obligaciones  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta No. P20240402003321 |

Estimada señora Jaraba,

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 la consulta realizada el 02 de abril de 2024.

 **Problemas planteados**

En la consulta Usted formula la siguiente pregunta:

“Me encuentro como defensora en un juicio penal y dentro de mi estudio de caso encontré en el minisitio manuales, guías y documentos tipo, un documento denominado “Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable”, fecha de publicación: 01/17/2014 y fecha de actualización: 04/24/2017. Dado que los hechos de estudio se presentaron en el 2015, el documento en mención que se encuentra en la página no sirve para este estudio, quisiera tener una copia digital del anterior manual el publicado en el 2014. De no contar con dicho manual por favor expedir un concepto de la forma de pago de las cuentas fiduciarias en contratos públicos vigente para el 2015. Porque según mis investigaciones determinamos que: para poder solicitar desembolsos de la fiducia, la entidad debía cancelar pagos parciales”

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

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

 En este contexto, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción a las preguntas de casos particulares expuestos, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: Concepto y las características de la fiducia mercantil y el pago anticipado y/o anticipo en los contratos, estos fueron objeto de análisis y de estudio en los siguientes conceptos por parte de esta agencia: C-023 del 13 de febrero de 2020, C-049 del 21 de febrero de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-209 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C-227 del 7 de abril 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-637 del 28 de octubre de 2021, C- 900 del 28 de noviembre de 2022, C-842 del 7 de diciembre de 2022, C-825 del 28 de diciembre de 2022, C- 703 del 30 de noviembre de 2022, C-033 de 27 de febrero de 2023, C-003 de 13 de marzo de 2023, C- 042 del 29 de marzo de 2023, C-037 del 5 de abril de 2023,C-109 de 10 de mayo de 2023, C- 157 del 10 de agosto de 2023 y C- 421 del 15 de noviembre de 2023[[3]](#footnote-4). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente para dar respuesta a su consulta.

**2.1. Contrato de fiducia mercantil y la capacidad contractual del patrimonio autónomo**

El Código de Comercio define el contrato de fiducia mercantil en su artículo 1.226, estableciendo como elementos característicos del negocio jurídico: i) la existencia de al menos dos sujetos: fiduciante y fiduciario y ii) la transferencia de los bienes fideicomitidos, con el siguiente tenor:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

Dadas estas características particulares, el contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues este último “nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial”. Así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-086 de 1995 –expedida con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa–, al señalar que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio[[4]](#footnote-5).

De la jurisprudencia constitucional se entiende que las entidades estatales pueden suscribir contratos de fiducia mercantil. Sin embargo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de marzo de 1998, con radicado número 1.074 –Consejero Ponente: Cesar Hoyos Salazar–, consideró que la Ley 80 de 1993 tiene como objetivo restringir los negocios fiduciarios que pueden celebrar los entes públicos, y por ello, a pesar de que el contrato de fiducia pública es diferente al de fiducia mercantil, la constitución de patrimonios autónomos por parte de entidades estatales solamente debe darse en virtud de una autorización legal, como es el caso de los procesos de titularización de activos e inversiones, tal como lo autoriza expresamente el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[[5]](#footnote-6).

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente comparte esta posición, y por tanto considera que la constitución de patrimonios autónomos, por parte de entidades estatales solo puede darse en virtud de una disposición legal expresa. En efecto, en respuesta a la consulta con radicado No. 4201912000004359 y con radicado de salida No. 2201913000005645 del 8 de agosto de 2019, esta Agencia manifestó que: “Es posible que una entidad estatal celebre un contrato de fiducia mercantil y con él se constituya un patrimonio autónomo, siempre que una norma especial lo autorice. Esta fiducia mercantil es diferente a la fiducia pública definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y se rige por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en los aspectos particularmente regulados en la Ley 80 de 1993”.

El artículo 67 de la Ley 1955 de 2019[[6]](#footnote-7) es otro ejemplo de una norma que expresamente autoriza celebrar un contrato de fiducia mercantil, pues dispone que los recursos del proyecto Aeropuerto del Café – AEROCAFÉ se ejecutarán a través de un patrimonio autónomo, constituido por la Aeronáutica Civil. En relación con ese caso, Colombia Compra Eficiente, en el concepto 2201913000005645, afirmó que la constitución y administración del patrimonio autónomo no puede darse en abstracto, sino atendiendo rigurosamente la ley que lo autoriza: “Dado que la ley ha determinado que la Aeronáutica Civil es la encargada de constituir un patrimonio autónomo para administrar los recursos de AEROCAFE, en caso de suscribir un contrato de fiducia mercantil debe circunscribirse estrictamente a lo definido en la Ley”.

De igual forma, la misma Ley 1955 de 2019 define el régimen de contratación derivado del patrimonio autónomo para el proyecto AEROCAFE, pues el articulo 67 dispone: “El régimen de contratación y administración de sus recursos se regirá por el derecho privado, con plena observancia de los principios de transparencia, economía, igualdad y publicidad, definidos por la Constitución y la Ley”. Así mismo, las normas en particular deben establecer reglas específicas para cada patrimonio autónomo.

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”.

La Ley 80 de 1993 permite realizar negocios fiduciarios, siempre que tengan por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos estatales. Además, la Sala Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 4 de marzo de 1998, antes citado, también señaló otras características del negocio fiduciario que pueden celebrar autónomamente las entidades estatales, que no son otras que las del estatuto general de contratación y en forma supletiva el Código de Comercio[[7]](#footnote-8).

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

Se entiende que las entidades estatales pueden entregar el manejo de recursos con el fin de hacer pagos o desembolsos derivados de un contrato estatal, ya sea por fiducia pública o encargo fiduciario. Sin embargo, el inciso 7, del numeral 5, del 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.

El concepto de la Contraloría General de la República, con radicado 2006EE62754 del 6 de diciembre de 2006, reiterado en concepto OJ-CGR 084 de 2017[[8]](#footnote-9), considera que la transferencia de recursos no implica dominio pleno de ellos por parte del fiduciario[[9]](#footnote-10), sino que tiene un carácter instrumental. Por ello el administrador del patrimonio autónomo no tiene facultad de disponer libremente de los recursos públicos[[10]](#footnote-11).

Finalmente, en cualquier negocio fiduciario, por orden del artículo 1234 del Código de Comercio[[11]](#footnote-12), es deber indelegable de la sociedad fiduciaria, “rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses” y simultáneamente el fiduciante tiene el derecho de “exigir rendición de cuentas”, según lo consigna el artículo 1.236 del mismo Código[[12]](#footnote-13). Por ello la entidad no pierde la vigilancia sobre los recursos públicos.

En síntesis, las entidades estatales mantienen el control y vigilancia de la correcta ejecución de los recursos entregados a la fiducia. Sin embargo, la responsabilidad disciplinaria o fiscal por hechos relacionados dependerá de cada situación particular. Los organismos de control respectivos son los competentes para pronunciarse al respecto y no la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Debe resaltarse que aun cuando existen casos donde es posible constituir patrimonios autónomos por parte de entidades estatales, a menos que la ley que lo autorice diga otra cosa, se debe respetar el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual: “en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública”.

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

Conforme a lo explicado supra, 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, 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 podrá 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, y como se mencionó en el capítulo anterior, 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[[13]](#footnote-14).

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 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”[[14]](#footnote-15). (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, como se anotó en párrafos anteriores, 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[[15]](#footnote-16).

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 inciso 4, numeral 5 del 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, 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[[16]](#footnote-17).

**2.3. Naturaleza jurídica del anticipo en los contratos**

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[[17]](#footnote-18). 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”[[18]](#footnote-19).

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”[[19]](#footnote-20). 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[[20]](#footnote-21). 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[[21]](#footnote-22).

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.”[[22]](#footnote-23)

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[[23]](#footnote-24).

**3. Respuesta**

“Me encuentro como defensora en un juicio penal y dentro de mi estudio de caso encontré en el minisitio manuales, guías y documentos tipo, un documento denominado “Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable”, fecha de publicación: 01/17/2014 y fecha de actualización: 04/24/2017. Dado que los hechos de estudio se presentaron en el 2015, el documento en mención que se encuentra en la página no sirve para este estudio, quisiera tener una copia digital del anterior manual el publicado en el 2014. De no contar con dicho manual por favor expedir un concepto de la forma de pago de las cuentas fiduciarias en contratos públicos vigente para el 2015. Porque según mis investigaciones determinamos que: para poder solicitar desembolsos de la fiducia, la entidad debía cancelar pagos parciales”.

En consonancia con todo lo dilucidado previamente, esta agencia ha recalcado que es obligatorio constituir un patrimonio autónomo irrevocable o una fiducia para administrar los recursos del anticipo en los contratos suscritos sin importar la modalidad, excepto en los de menor o mínima cuantía, todo ello por tratarse de un imperio normativo a la que alude el artículo 91 de la ley 1474 de 2011; en ese sentido y en cumplimiento de lo citado, las entidades estatales tienen la facultad de pactar la entrega de anticipos de 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.

En todo caso, la entidad y el contratista podrán disponer, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las condiciones que consideren convenientes para otorgar el anticipo de acuerdo con las normas civiles, siempre que no contraríen los parámetros y los principios de la actividad contractual.

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,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Hector Luis Quiñones QuiñonesAnalista T2-02 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó:  | Cielo Victoria González MezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE |

Anexo Guía para el manejo de anticipos V-2014

1. Así lo expresó el alto tribunal: “Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993”. [↑](#footnote-ref-2)
2. El concepto citado afirmó: «No obstante, lo expresado por la Corte Constitucional, para la Sala la primera parte del texto del inciso 1º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, aunque declarado inexequible, sí indica que el espíritu de la ley era limitar la contratación de las entidades estatales a sólo dos figuras fiduciarias: la fiducia pública y el encargo fiduciario. Esta apreciación la refuerza el inciso 8º de la misma norma, por cuanto al expresar “La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley …”, y un poco más adelante, en la parte final “A la fiducia pública le será aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”, indica en forma nítida que el contrato de fiducia a que se refiere es a la pública y no a la mercantil. Por consiguiente, no autorizó dicha ley la fiducia mercantil con aplicación de las normas de la ley 80, sino al revés, la fiducia pública con aplicación de las compatibles del Código de Comercio.

“[...].

“Sin embargo, para casos especiales la ley puede autorizar la celebración por entidades estatales de la fiducia mercantil. La propia ley 80 de 1993 en su artículo 41 parágrafo 2º inciso 2º consigna la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales”. [↑](#footnote-ref-3)
3. Los conceptos expedidos por la Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública pueden ser consultados en plataforma de relatoría a la cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-4)
4. Así lo expresó el alto tribunal: “Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993”. [↑](#footnote-ref-5)
5. El concepto citado afirmó: “No obstante, lo expresado por la Corte Constitucional, para la Sala la primera parte del texto del inciso 1º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, aunque declarado inexequible, sí indica que el espíritu de la ley era limitar la contratación de las entidades estatales a sólo dos figuras fiduciarias: la fiducia pública y el encargo fiduciario. Esta apreciación la refuerza el inciso 8º de la misma norma, por cuanto al expresar “La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley …”, y un poco más adelante, en la parte final “A la fiducia pública le será aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”, indica en forma nítida que el contrato de fiducia a que se refiere es a la pública y no a la mercantil. Por consiguiente, no autorizó dicha ley la fiducia mercantil con aplicación de las normas de la ley 80, sino al revés, la fiducia pública con aplicación de las compatibles del Código de Comercio[...].

Sin embargo, para casos especiales la ley puede autorizar la celebración por entidades estatales de la fiducia mercantil. La propia ley 80 de 1993 en su artículo 41 parágrafo 2º inciso 2º consigna la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículo 67. Aeropuerto del Café – AEROCAFÉ. Los recursos destinados al desarrollo del Proyecto del Aeropuerto del Café – AEROCAFÉ, serán ejecutados a través de un patrimonio autónomo que para tal efecto constituya la Aeronáutica Civil.

El patrimonio autónomo podrá recibir aportes del Gobierno nacional, del departamento de Caldas y de sus municipios; y aceptar donaciones del sector público o privado, nacional e internacional. Así mismo, podrá celebrar operaciones de financiamiento interno o externo a nombre del patrimonio autónomo para lo cual la Nación o las entidades territoriales podrán otorgar los avales o garantías respectivas, hasta por el monto de los aportes que cada uno se haya comprometido.

El régimen de contratación y administración de sus recursos se regirá por el derecho privado, con plena observancia de los principios de transparencia, economía, igualdad y publicidad, definidos por la Constitución y la Ley. El control fiscal de los recursos lo ejercerá la Contraloría General de la República”. [↑](#footnote-ref-7)
7. En dicho Concepto, el Consejo de Estado señaló: “Ahora bien, en cuanto al cuestionamiento sobre la interpretación de la parte final del inciso 8º del numeral 5º del artículo 32, transcrito en el párrafo anterior, habría que entender que a la fiducia pública se le deben aplicar las normas contenidas en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio, con las siguientes cuatro salvedades:

1) La fiducia pública no implica transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitidos.

2) Tampoco constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad de la fiducia, en manos de la sociedad fiduciaria.

3) La adjudicación de los subcontratos debe ser realizada por la entidad estatal fideicomitente.

4) No se puede pactar que la comisión de la sociedad fiduciaria sea tomada de los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados”. [↑](#footnote-ref-8)
8. En sitio web: [https://relatoria.blob.core.windows.net/$web/files/conceptos-juridicos/CGR-OJ-0084-2017.PDF](https://relatoria.blob.core.windows.net/%24web/files/conceptos-juridicos/CGR-OJ-0084-2017.PDF) [↑](#footnote-ref-9)
9. […] el artículo 669 del Código Civil instaura que el dominio o propiedad es un derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella contra derecho ajeno. Transferir la propiedad de los recursos del Estado sin que medie la finalidad prescrita por la Constitución para los mismos, indudablemente atenta contra derechos colectivos. Por ello, entre otras cosas, en el contrato de fiducia sobre recursos del Estado no se puede transferir el dominio pleno sobre ese bien que son los recursos públicos. Tampoco será aceptable en el ordenamiento jurídico colombiano que se mantenga izado un acuerdo que pretenda burlar la vigilancia o control sobre recursos del Estado; la simple formalidad sede necesariamente ante la materialidad de los hechos, en este orden ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que donde quiera que haya recursos públicos debe estar siempre presente la vigilancia y el control fiscal. [↑](#footnote-ref-10)
10. El Estado transfiere para su administración unos recursos públicos, pero es diáfano que la administración es diferente al dominio. El titular del derecho de dominio sobre los recursos sigue siendo el Estado, sin que, por el hecho de realizar un contrato de fiducia, que es esencialmente instrumental, pierda tal calidad. El artículo 1244 del Código de Comercio es ilustrativo para esclarecer este punto: “Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”.

La razón de ser de la fiducia mercantil en este caso es acudir a un administrador de los recursos públicos, no transferir sobre los mismos el derecho de propiedad o dominio. [↑](#footnote-ref-11)
11. Artículo 1234. Otros deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses. [↑](#footnote-ref-12)
12. Artículo 1236. derechos del fiduciante. Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos: […].

4) Exigir rendición de cuentas. [↑](#footnote-ref-13)
13. Así lo expresó el alto tribunal: “Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993”. (Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). [↑](#footnote-ref-14)
14. 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-15)
15. Ibidem [↑](#footnote-ref-16)
16. 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-17)
17. 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-18)
18. 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-19)
19. 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-20)
20. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque [↑](#footnote-ref-21)
21. “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-22)
22. 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-23)
23. 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-24)