**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

Las *inhabilidades* son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan de: i) la existencia de comportamientos reprochables o sanciones anteriormente impuestas, ii) vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las *incompatibilidades* son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado.

[…]

Ahora bien, al ser las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, la interpretación de las causales que las integran debe ser restrictiva, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían cobijar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación – Sanción y prevención**

En la aplicación del régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, sobresale la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma, «[…] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante»; en este sentido, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.

**PATRIMONIO AUTÓNOMO – Fiducia mercantil – Definición**

“Para resolver esta inquietud, primero debemos dilucidar la naturaleza jurídica de la figura de patrimonio autónomo. Sobre el particular, debemos remitirnos a lo previsto en el artículo 1226 del Código de Comercio que trata la figura de la fiducia mercantil (…)

Por definición expresa de la citada norma el negocio fiduciario en comento supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad.

Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo. Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (Artículos 1226 a 1244 del C. Co).

(…)

(sobre el artículo 2.5.2.1.1 Decreto 2555 de 2010) De la norma transcrita resulta claro que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas como tampoco naturales, como ya se expuso son negocios fiduciarios conformados por bienes para cumplir un fin. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia.

**FIDUCIA MERCANTIL – Régimen de inhabilidades e incompatibilidades – Aplicación**

No obstante, por la prohibición que trae el parágrafo del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 que dispone: “El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”, no se puede celebrar el contrato con un patrimonio autónomo o fiducia cuyo fideicomitente este inhabilitado o tenga alguna incompatibilidad de las consagradas en las causales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pero no por aplicación directa de dicho régimen, sino por la prohibición del Decreto 2555 de 2010 mencionada, que solo hace referencia al fideicomitente y no a los beneficiarios del patrimonio autónomo o fiducia.

En ese sentido, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no es aplicable de forma directa, sino que la entidad debe revisarlo respecto del fideicomitente del patrimonio autónomo o fiducia para no evadir la prohibición del Decreto 2555 de 2010, la cual se vulnera cuando se celebra el contrato con un mecanismo de intermediación como es el patrimonio autónomo o fiducia cuyo fideicomitente se encuentra inhabilitado o tiene una incompatibilidad para ser contratista del Estado.

Bogotá D.C., 2 de septiembre de 2024



Señora

**Paola Silva Bermudez**

Ciudad

**Concepto C-358 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación –Sanción y prevención / PATRIMONIO AUTÓNOMO – Fiducia mercantil – Definición / FIDUCIA MERCANTIL – Régimen de inhabilidades e incompatibilidades – Aplicación |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta radicado No. P20240718007327 |

Estimada señora Silva:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 18 de julio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“1. De qué manera aplican las inhabilidades para contratar con el Estado cuando el contratista es un patrimonio autónomo / fideicomiso.

2. Dado que las causales de inhabilidad de la Constitución y la Ley 80 de 1993 no hacen referencia a patrimonios autónomos ni a fideicomisos, por favor conceptuar: si los patrimonios autónomos se entienden excluidos del régimen de inhabilidades (esto es, que no los cobijan las causales de inhabilidad), o si, por el contrario, las causales de inhabilidad que se prediquen respecto de sus fideicomitentes se extienden al patrimonio autónomo.

a. En este último caso, ¿bastaría con que uno de los fideicomitentes se encuentre inhabilitado, o para que la inhabilidad se predique del patrimonio autónomo, todos sus fideicomitentes deben estar inhabilitados?

3. Dado que las causales de inhabilidad de la Constitución y la Ley 80 de 1993 no hacen referencia a patrimonios autónomos ni fideicomisos, por favor conceptuar si los patrimonios autónomos se entienden excluidos del régimen de inhabilidades (esto es, que no los cobijan las causales), o si, por el contrario, las causales que se prediquen respecto de sus beneficiarios, se extienden al patrimonio autónomo.

a. En este último caso, ¿bastaría con que uno de los beneficiarios se encuentre inhabilitado, o para que la inhabilidad se predique del patrimonio autónomo, todos sus beneficiarios deben estar

inhabilitados?

4. Si una persona jurídica se encuentra inhabilitada para contratar con una entidad pública [contratante], ¿esta inhabilidad continuaría aplicando en el evento en que el contratista del Estado sea un patrimonio autónomo en el que la persona jurídica -inhabilitada- funja como fideicomitente?”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. 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, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

**1. Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿El régimen de inhabilidades e incompatibilidades es aplicable a los patrimonios autónomos como contratistas del Estado, y de qué forma aplica en caso de que los fideicomitentes o beneficiarios estén inhabilitados?

**2. Respuesta:**

|  |
| --- |
| De acuerdo con la doctrina citada, resulta necesario acotar el concepto de patrimonio autónomo a la esfera de la fiducia mercantil, sin que sea posible desligarlo o entenderlo de manera diferente, por las razones que se exponen. En ese sentido, de cara a los interrogantes planteados, se concebirá el patrimonio autónomo como fiducia mercantil, y por tanto se aclara que en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no se hace referencia al patrimonio autónomo ni a la fiducia mercantil como sujetos de estas medidas, por lo cual no se puede extender su aplicación a los patrimonios autónomos o fiducia mercantil debido a que dicho régimen es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede en las circunstancias y respecto de los sujetos específicamente señalados en la norma.Por otra parte, se debe tener en cuenta que quien contrata es el patrimonio autónomo o fiducia mercantil no sus fideicomitentes ni sus beneficiarios, ya que si bien esta figura no cuenta con personería jurídica es decir, no se identifica un propietario como tal, de acuerdo con el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 es receptor de derechos y obligaciones, sin embargo, ni esta figura ni el fideicomitente o los beneficiarios están mencionados en las causales de inhabilidades e incompatibilidades, y por el principio de interpretación restrictiva, no es posible extender la aplicación de dicho régimen a estos sujetos. No obstante, por la prohibición que trae el parágrafo del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 que dispone: “El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”, no se puede celebrar el contrato con un patrimonio autónomo o fiducia cuyo fideicomitente este inhabilitado o tenga alguna incompatibilidad de las consagradas en las causales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pero no por aplicación directa de dicho régimen, sino por la prohibición del Decreto 2555 de 2010 mencionada, que solo hace referencia al fideicomitente y no a los beneficiarios del patrimonio autónomo o fiducia.En ese sentido, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no es aplicable de forma directa, por lo que la entidad deberá revisarlo respecto del fideicomitente del patrimonio autónomo o fiducia para no evadir la prohibición del Decreto 2555 de 2010, la cual se vulnera cuando se celebra el contrato con un mecanismo de intermediación como es el patrimonio autónomo o fiducia cuyo fideicomitente se encuentra inhabilitado o tiene una incompatibilidad para ser contratista del Estado. Sin embargo, al tratarse de un análisis que debe realizarse en cada procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. De esta manera, cada uno de ellos definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.  |

**3. Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde al propósito de asegurar que la actividad de adquisición y provisión de bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Por ello, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un carácter sancionatorio o “neopunitivo”[[1]](#footnote-2). Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.
* Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades, al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley y su interpretación debe ser *restrictiva[[2]](#footnote-3)*. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.
* En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, “[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”[[3]](#footnote-4). Por su parte, el Consejo de Estado también ha acogido este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que “La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido”[[4]](#footnote-5). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[5]](#footnote-6).

En el mismo sentido ha expuesto que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico pro libertate, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […][[6]](#footnote-7).

* De igual forma, la Corte Constitucional en jurisprudencia[[7]](#footnote-8) citada a su vez por el Consejo de Estado[[8]](#footnote-9), se ha referido al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, destacando de este la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma, “[…] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante”12; en este sentido, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.
* Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

[…]

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[…]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)[[9]](#footnote-10).

* En suma, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se origina en la prerrogativa legislativa, obedece al principio de legalidad y su interpretación es restrictiva, como quiera que su aplicación implica limitaciones para el acceso a cargos o ejercicio funciones públicas y para participar en procesos de contratación pública adelantados por las entidades estatales, según sea el caso.
* Por otra parte, 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”.

* Sobre esta norma, se pronunció el Departamento Administrativo de la Función Pública así:

“Para resolver esta inquietud, primero debemos dilucidar la naturaleza jurídica de la figura de patrimonio autónomo. Sobre el particular, debemos remitirnos a lo previsto en el artículo [1226](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41102#1226)del Código de Comercio que trata la figura de la fiducia mercantil (…)

Por definición expresa de la citada norma el negocio fiduciario en comento supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad.

Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo. Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (Artículos [1226](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41102#1226)a [1244](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41102#1244)del C. Co).

(…)

(sobre el artículo 2.5.2.1.1 Decreto 2555 de 2010) De la norma transcrita resulta claro que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas como tampoco naturales, como ya se expuso son negocios fiduciarios conformados por bienes para cumplir un fin. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia.

Con relación a la naturaleza de los patrimonios autónomos, la Corte Suprema de Justicia expresó: “ *El patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad*” . (CSJ, Cas. Civil, Sent. ago. 3/2005. Exp. 1909. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno)

Del extracto jurisprudencial antes transcrito, se deduce que el patrimonio autónomo no es una persona natural ni se trata de una persona jurídica, sino sencillamente un patrimonio afecto a una determinada finalidad.

(…) De acuerdo con el pronunciamiento de la Superfinanciera, se tiene que, en el negocio de fiducia se evidencian tres tipos diferentes de patrimonios el del fiduciante; el patrimonio de la fiduciaria y el patrimonio autónomo entregado a la fiduciaria para su administración, de conformidad con el negocio de que se trate.”[[10]](#footnote-11).

* En desarrollo del tema del contrato de fiducia mercantil, el Decreto 2555 de 2010, dispone en su artículo 2.5.2.1.1. los derechos y deberes del fiduciario:

“Derechos y deberes del fiduciario. Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

PARÁGRAFO . El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”.

* Adicionalmente, es importante aclarar que la doctrina, particularmente el autor González León señala que, estudiando la figura de patrimonio autónomo, su incorporación en Colombia se hizo a través de la legislación mercantil, y que “las reglas de la fiducia quedan tipificadas en el Código de Comercio y sólo una disposición hace alusión directa, sin describir sus contenidos, al patrimonio autónomo. (…) De allí que a partir del único dispositivo legal sobre el patrimonio autónomo se construyan una serie de reglas que permiten la determinación e interpretación sistemática de sus efectos con el fin de su conceptualización desde el contexto legal del contrato de fiducia mercantil”[[11]](#footnote-12).
* Lo anterior quiere decir que además de la alusión que hace el Código de Comercio al patrimonio autónomo cuando regula la fiducia mercantil, no existe una definición legal del mismo ni relación con otra figura diferente a la fiducia. Por lo que la respuesta a sus interrogantes se basa en la relación entre patrimonio autónomo y fiducia mercantil.
* Finalmente, para analizar la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al patrimonio autónomo como contratista del Estado, con base en el parágrafo del artículo 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010 citado, es importante aclarar que es respecto del fideicomitente del patrimonio autónomo y no de los beneficiarios, que se debe evaluar si está inhabilitado o recae sobre él una incompatibilidad, ya que si el fideicomitente está inhabilitado, el negocio fiduciario no puede servir de instrumento para contratar con el Estado o adquirir obligaciones que no puede realizar directamente el fideicomitente, por lo que este análisis no se realiza respecto de los beneficiarios, y así lo confirma la doctrina al señalar que estos no son propietarios de la fiducia mercantil:

“El patrimonio autónomo derivado del contrato de fiducia se implanta sin grandes discusiones públicas, rompiendo con el esquema que preocupaba desde 1923, es decir, separando para el acomodamiento de la estructura fiduciaria el tema tradicional de la duplicidad de derechos sobre los bienes fideicomitidos, para concentrarse en un molde en el que, a partir de la formación contractual, aparecen los patrimonios autónomos como masas de bienes afectas a una finalidad sobre las cuales pueden recaer derechos y obligaciones para su ejercicio o para su cumplimiento, dejando de lado el tema de la propiedad o dominio del trust, para pasar a una serie de efectos que realzan el elemento teleológico como central en el carácter de administrador y vocero del fiduciario que delinea el ejercicio de derechos muy similares a los del propietario, sin que la propiedad se encuentre en cabeza del administrador. Del otro lado, continúan los derechos eventuales del beneficiario sin que sobre él recaiga el carácter del propietario”[[12]](#footnote-13).

**4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Constitución Política, artículo 150.
* Ley 80 de 1993, artículo 8.
* Código de Comercio, artículo 1226.
* Decreto 2555 de 2010, artículo 2.5.2.1.1.
* Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.
* Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.
* Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).
* Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz.
* Corte Constitucional, sentencia C- 373 de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.
* Corte Constitucional, sentencia C-325 de 2009, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
* Consejo de Estado, Sentencia 00111 del 13 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta 00111 del 13 de junio de 2019, consejera ponente Rocío Araújo Oñate.
* Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 203371 del 2 de junio 2022. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=193804>
* Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 060361 del 19 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=160831>
* Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 345671 del 20 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172682#:~:text=Ese%20conjunto%20de%20bienes%20transferidos,se%C3%B1aladas%20en%20el%20acto%20constitutivo>
* González León, Carlos Andrés. Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia: un análisis desde la dogmática jurídica, Bogotá: Universidad Libre, 2019.
* Barreto Moreno, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016.
 |

**5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se pronunció esta Subdirección en los conceptos No. 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−402 del 26 de junio de 2020, C−365 del 30 de junio de 2020, C−386 del 24 de julio de 2020, C-585 del 14 de septiembre de 2020, C–592 del 14 de septiembre de 2020, C−551 de 24 de septiembre de 2020, C−709 del 7 de diciembre de 2020, C–721 de 14 de diciembre de 2020, C–004 del 12 de febrero de 2021, C–815 del 18 de febrero de 2021, C–047 del 8 de marzo de 2021, C–113 del 30 de marzo de 2021, C–122 del 30 de marzo de 2021, C–178 del 28 de abril de 2021, C−190 del 30 de abril de 2021, C−210 del 12 de mayo de 2021, C−275 del 11 de junio de 2021, C−293 del 28 de junio de 2021, C−321 del 2 de julio de 2021, C−410 del 7 de julio de 2021, C−491 del 14 de septiembre de 2021, C−522 del 1 de octubre de 2021, C−128 del 25 de marzo de 2022, C−252 del 3 de mayo de 2022, C−376 del 14 de junio de 2022, C−413 del 24 de junio de 2022, C−691 del 20 de octubre de 2022, C−731 del 10 de noviembre de 2022, C−928 del 26 de enero de 2023, C−126 del 24 de abril de 2023, C−175 del 4 de mayo de 2023, C−234 del 5 de julio de 2023, C−010 del 31 de enero de 2024 y C-039 del 23 de abril de 2024. También se ha pronunciado sobre la fiducia mercantil en los conceptos C-637 del 28 de octubre de 2020, C-483 del 5 de agosto de 2022, C-498 del 18 de agosto de 2022, C-900 del 21 de noviembre de 2022, C-042 del 29 de marzo de 2023, C-421 del 16 de noviembre de 2023 y C-059 del 22 de mayo de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Adriana LópezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

|  |
| --- |
| **CONTROL DE CAMBIOS DEL DOCUEMTO**  |
| **VERSION**  | **AJUSTES**  | **FECHA**  | **VERSIÓN**  | **02** |
| 01  | Creación de formato  | 15/06/2023  | **Elaboró**  | Diana Carolina Montenegro    | Contratista Secretaría General  |
| **Revisó**  | Lisseth Tatiana Melo Parra    | Analista T2 - 6 SecretaríaGeneral  |
| **Aprobó**  | William Renan Rodríguez    | Secretario General  |
| 02 | Se incluyo un párrafo de cierre, agradecimiento y las redes sociales de la entidad. Se ajusta código del formato por parte de planeación. | 31/08/2023 | **Elaboró** | Nelson Felipe Gaitan Chacon  | Contratista secretaríaGeneral  |
| **Revisó** | Lisseth Tatiana Melo Parra | Analista T2 - 6 Secretaría General  |
| **Aprobó** | Jenny Fabiola Páez Vargas | Secretaria General  |

1. BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-2)
2. Ibíd., p. 69 [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz. [↑](#footnote-ref-7)
7. Sentencia C- 373 de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño; sentencia C-325 de 2009, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-8)
8. Sentencia 00111 del 13 de junio de 2019 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta 00111 del 13 de junio de 2019, Consejera ponente Rocío Araújo Oñate. [↑](#footnote-ref-9)
9. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-10)
10. Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 203371 del 2 de junio 2022, Concepto 060361 del 19 de febrero de 2021, y Concepto 345671 del 20 de septiembre de 2021. [↑](#footnote-ref-11)
11. González León, Carlos Andrés. Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia: un análisis desde la dogmática jurídica, Bogotá: Universidad Libre, 2019. Pág. 118. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ibidem. Pág. 120. [↑](#footnote-ref-13)