

JUAN DAVID CHING RUIZ

**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS POR
PATRIMONIOS AUTÓNOMOS DERIVADOS DE LA CELEBRACIÓN DE
CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL POR ENTIDADES PÚBLICAS**

**Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo –
Profundización**

**Bogotá D.C., Colombia
2020**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

PROFUNDIZACIÓN

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hineirosa Rey**

**Director Departamento de Derecho
Administrativo** **Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba**

Directora de Tesis: **Dra. Luisa Alexandra Torres Acosta**

Examinadores: **Dr. Jorge Santos Rodríguez**

Dr. Sergio Chemás Vélez

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. FIDUCIA MERCANTIL VS. FIDUCIA PÚBLICA Y ENCARGO FIDUCIARIO

- 1.1. Características de la fiducia mercantil
- 1.2. Diferencias de la fiducia mercantil con respecto a los encargos fiduciarios y la fiducia pública
- 1.3. La fiducia mercantil en entidades públicas

2. CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS DERIVADOS DE CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL PÚBLICOS

- 2.1. La capacidad jurídica, ¿un atributo del patrimonio autónomo?
- 2.2. La ley habilitante para la celebración de contratos de fiducia mercantil por entidades públicas
- 2.3. La representación o vocería a cargo del fiduciario en el marco de la instrumentalidad del negocio.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECURSOS FIDEICOMITIDOS

- 3.1. La configuración del patrimonio autónomo no modifica la naturaleza pública de los recursos fideicomitidos
- 3.2. Alcance del control fiscal sobre patrimonios autónomos conformados con recursos públicos

4. LOS CONTRATOS SUSCRITOS POR PATRIMONIOS AUTÓNOMOS SON CONTRATOS ESTATALES

- 4.1. El criterio orgánico como determinante en la definición del contrato estatal
- 4.2. La relación directa entre el contrato estatal y el interés general
- 4.3. El patrimonio autónomo y el fiduciario como receptores de las limitaciones y restricciones de la entidad pública fideicomitente
- 4.4. La necesidad de superar la rigidez del criterio orgánico

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El criterio de la Corte Constitucional respecto a la expresión “social” que acompaña al enunciado “Estado de Derecho”, es que este “no debe ser entendido como una simple metáfora retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”¹.

Tras esta consideración, un modelo de Estado Social de Derecho trae consigo, entre otras implicaciones, la de una mayor actividad a cargo de la institucionalidad estatal, en tanto es garante de los derechos y libertades de los ciudadanos, a partir de lo cual se identifica la necesidad de contar con entidades cada vez más robustas y especializadas que tengan la capacidad de atender con efectividad las crecientes demandas de la población.

En este contexto la provisión de bienes y servicios por parte de las entidades públicas adquiere un carácter especial, en la medida en que garantiza el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico les asigna, cobran relevancia figuras de origen *ius privatista* que buscan imprimirle eficiencia a la actividad del Estado en este aspecto.

Es el caso de la suscripción de contratos de fiducia mercantil destinados a la constitución de patrimonios autónomos con recursos transferidos por entidades públicas, mediante los cuales —previa intermediación de una sociedad fiduciaria— se contrata la provisión de bienes y servicios requeridos por el Estado. Ahora bien, estas figuras jurídicas propias del derecho privado, al momento de ser implementadas en la actividad estatal, dan lugar a distintas situaciones que bien vale la pena considerar como objeto de estudio.

Al respecto los incisos primero y segundo del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establecen que:

[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 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

¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992.

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 estos se encuentren presupuestados.

A su vez, el inciso séptimo dispone que “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”.

De acuerdo con lo anterior, el Estatuto de Contratación Estatal proscribire de manera general la celebración de contratos de fiducia mercantil por parte de las entidades a las cuales les sea aplicable el régimen público de contratación, limitándose a considerar las figuras de encargo fiduciario y fiducia pública en las cuales a diferencia de la fiducia mercantil, no existe transferencia de dominio sobre los bienes, lo que plantea limitaciones radicales en materia de negocios fiduciarios por parte de entidades estatales².

Ahora bien, como excepción a la mencionada regla general, el ordenamiento jurídico nacional ha introducido a través de diferentes disposiciones la posibilidad de que algunas entidades estatales cumplan todas o algunas de las funciones que les han sido asignadas mediante la celebración de contratos de fiducia mercantil³.

En ese sentido, el legislador ha permitido de manera expresa la transferencia del dominio de recursos públicos y la constitución de patrimonios autónomos⁴, dejando claro, en algunos casos, que el traslado de los recursos a la fiduciaria constituye un mecanismo

² Rengifo García sostiene que estas restricciones respondieron a prevenciones de orden político y a inconformidades que en materia de fiducia mercantil había expresado la Contraloría General de la República al considerar que a través de la figura se hacían transferencias de recursos y delegación de funciones por fuera de la estructura normativa que regía la ejecución del Presupuesto Público y además se incurría en altos costos para las entidades estatales. (RENGIFO GARCÍA. La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2012. p. 243).

³ Como ejemplo de lo anterior se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico las siguientes leyes y las respectivas entidades a las que se les faculta la suscripción de contratos de fiducia mercantil:

- Ley 143 de 1994 - Unidad de Planeación Minero Energética y Comisión de Regulación de Energía y Gas.
- Ley 388 de 1997 - Entidades municipales y distritales en materia de vivienda de interés social.
- Ley 708 de 2001 – Instituto Nacional de vivienda de interés social y reforma urbana. INURBE.
- Ley 1176 de 2007 - Departamentos, Municipios y Distritos en relación con los recursos del sistema general de participaciones destinados al sector de agua potable y saneamiento básico.
- Ley 1286 de 2009 – Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.
- Ley 1371 de 2009 – Universidades públicas en relación con su pasivo pensional.
- Ley 1537 de 2012 – Fondo Nacional de Vivienda.
- Ley 1702 de 2013 – Fondo Nacional de Seguridad Vial.

⁴ En el apartado 1.3 de este trabajo analizaremos los antecedentes de los proyectos legislativos que derivaron en la expedición de estas normas, con el fin de comprender la motivación de las mismas.

de ejecución del presupuesto; y en otros, autorizando la delegación a los patrimonios autónomos para que ejecuten procesos de selección y adjudicación de contratos e, incluso, se ha llegado a facultar expresamente para que esos procesos de contratación se realicen mediante la aplicación de normas de derecho privado.

Como puede verse, la aplicación de estas medidas excepcionales hace que los contratos de fiducia mercantil celebrados constituyan un instrumento totalmente diferente a los contratos de encargo fiduciario y fiducia pública contemplados en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, de acuerdo con el inciso primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” (subrayado fuera de texto).

Lo anterior se encuentra armonizado con los pronunciamientos del Consejo de Estado, que en distintas providencias en las que ha analizado contratos celebrados por entidades estatales a través de regímenes excepcionales, ha establecido que la noción de contrato estatal se encuentra dada por la calidad pública de la entidad que lo suscriba. Así las cosas, en pronunciamiento del 2013, el Alto Tribunal consideró que:

[Deben] considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. (...) se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que celebre deberán tenerse como estatales⁵. (subrayado fuera de texto).

Posteriormente, el Consejo de Estado estableció que “son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el

⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia. Radicado 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996) del 13 de febrero de 2013.

Estatuto General de Contratación o que estén sujetos a regímenes especiales⁶ (subrayado fuera de texto).

Como puede verse, desde la definición dada por el legislador hasta la interpretación acogida por el Consejo de Estado, la idea del contrato estatal se encuentra ligada directamente a la naturaleza jurídica de la entidad que lo suscribe, acogándose así el denominado criterio orgánico.

A partir de estas consideraciones es posible afirmar la importancia de estudiar la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por los patrimonios autónomos que se han constituido con ocasión de las excepciones introducidas por el ordenamiento jurídico a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁷, lo anterior teniendo en cuenta que al flexibilizarse las restricciones y condiciones que tienen las entidades estatales en materia de suscripción de negocios fiduciarios, con la aplicación irrestricta del criterio orgánico, deja de ser claro el panorama relacionado con la calidad que debe asignarse a los contratos suscritos por los referidos patrimonios autónomos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los contratos que serían objeto de estudio no son suscritos por una entidad pública, con lo cual varía el condicionamiento que ha puesto la ley y la jurisprudencia para considerar como estatal un contrato. También es dudosa la tesis según la cual estos son suscritos en virtud de una delegación de funciones públicas por parte del Estado al fiduciario, en tanto esa no es la esencia del contrato de fiducia mercantil y el fiduciario no actúa en su propia representación, sino como vocero del patrimonio autónomo y, finalmente, porque el carácter público de los recursos que se comprometen en estos contratos no es tan diáfana, si se tiene en cuenta que quien contrata es un patrimonio autónomo compuesto por recursos que ya han sido ejecutados presupuestalmente por la entidad fideicomitente, razón por la cual estos dejaron de pertenecer a la misma.

⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia. Radicado 68001-23-33-000-2014-00730-01(55080) del 13 de julio de 2016.

⁷ En este documento estudiaremos las excepciones propuestas por las siguientes normas:

- Artículos 13 y 21 de la Ley 143 de 1994
- Artículo 36 de la Ley 388 de 1997
- Artículo 11 de la Ley 708 de 2001
- Artículo 12 de la Ley 1176 de 2007
- Artículo 22 de la Ley 1286 de 2009
- Artículo 2 de la Ley 1379 de 2009
- Artículo 6 de la Ley 1537 de 2012
- Artículo 7 de la Ley 1702 de 2013

En el contexto descrito cabe sostener que en la actualidad nos encontramos ante una indefinición sobre la naturaleza jurídica de los contratos suscritos por los patrimonios autónomos referidos; esto, si se tiene en cuenta que las normas que admiten la gestión estatal a través de contratos de fiducia mercantil —en su mayoría— se limitan a contemplar dicha posibilidad, sin que se profundice en el detalle de las condiciones en que esa facultad ha de ejecutarse.

Esta indeterminación ocasiona que las distintas entidades públicas que cuentan con la potestad de constituir patrimonios autónomos no tengan claridad sobre las condiciones de suscripción y ejecución de los contratos que se derivan de tal facultad, lo cual podría desencadenar en una ampliación de la flexibilidad del régimen jurídico por fuera de los límites que la misma ley ha establecido, llevando incluso a un manejo indebido de los recursos con que cuenta el Estado para la atención de sus fines.

Un buen ejemplo de ello es el proceso de contratación adelantado por la Agencia Inmobiliaria Virgilio Barco Vargas, el cual concluyó con la suscripción del contrato de fiducia mercantil N.º. 102 de 2016. En dicho proceso⁸, que se desarrolló mediante la modalidad de licitación pública (ya que si bien el artículo 245 de la Ley 1753 de 2015 permite a la entidad la suscripción de fiducias mercantiles pero nada dice sobre la posibilidad de hacer esa vinculación por fuera del estatuto de contratación), tanto en los estudios previos como en el contrato finalmente suscrito, se estableció que los contratos que celebre el patrimonio autónomo constituido se registrarán exclusivamente por las normas del derecho privado, excepción que en principio no contaría con base legal que la justifique, ya que no existe ninguna norma que determine que los contratos suscritos por ese patrimonio autónomo se encuentren exentos de la aplicación del estatuto de contratación y que solo encontraría soporte en una interpretación a través de la cual se considere que no es necesario dicho soporte normativo, porque el contrato lo suscribirá un patrimonio autónomo y no una entidad estatal.

Otro ejemplo que da cuenta de estas situaciones confusas derivadas de la naturaleza jurídica de los contratos suscritos por patrimonios autónomos es un laudo arbitral⁹, en el que un Tribunal de Arbitraje convocado por un contratista de obra, contratado por un patrimonio autónomo constituido por el Fondo Nacional de Vivienda, profirió su decisión en equidad al considerar que las condiciones de contratación mediante un patrimonio

⁸ El proceso puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-1-162835>

⁹ Laudo Arbitral del 7 de julio de 2017 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido por el Centro de conciliación, arbitraje y amigable composición de la Asociación de Ingenieros del Valle, Convocante: Integrar Constructores SA, Convocado: Alianza Fiduciaria SA como vocero y administrador del fideicomiso PA2 559 Macroproyecto Altos de Santa Elena.

autónomo impedían que se aplicaran las disposiciones del inciso cuarto del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012¹⁰.

Así las cosas, las situaciones descritas son ilustrativas de la problemática generada, ya que tanto en el caso de la utilización de un régimen excepcional para la contratación mediante el patrimonio autónomo por parte de la Agencia Virgilio Barco, como en la utilización del arbitraje en equidad por parte del Fondo Nacional de Vivienda, se observa una posible sobreestimación de las condiciones en que han de ejercitar sus funciones los patrimonios autónomos constituidos con recursos que tienen origen público.

Se tiene entonces que de la correcta definición de la naturaleza jurídica de los contratos en cuestión dependen asuntos de gran importancia dentro de los que pueden contarse la definición del régimen legal aplicable al proceso de contratación, así como la posibilidad de proferir laudos arbitrales en equidad cuando de por medio se hallen pactos compromisorios, tal y como se expuso en los anteriores ejemplos, y otros más como la obligación o no de gravar tributariamente los contratos de obra¹¹, el alcance de la responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria de los contratantes involucrados en estos negocios e incluso la definición de la jurisdicción competente para conocer de los conflictos originados con ocasión de tal actividad contractual.

Por lo anterior, el propósito de este trabajo es, por una parte, identificar el modo en que se articulan las normas de derecho público con un instrumento jurídico de naturaleza civil y comercial, como lo es la fiducia mercantil; y por otra, evidenciar el efecto que dicha articulación tiene sobre la naturaleza jurídica de los contratos que suscriben los patrimonios autónomos que se conforman con ocasión de la celebración de contratos de fiducia mercantil por parte de entidades públicas.

¹⁰ En este laudo arbitral se consideró que: “En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”.

¹¹ De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 “todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición (...)”.

La vigencia de este artículo fue determinada como permanente por el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1738 de 2014.

Dicho estudio constituiría un acercamiento inicial que podría servir de base para la definición de otros asuntos relacionados con la celebración, ejecución y solución de controversias propias de la actividad contractual.

En virtud de lo anterior, a lo largo de este trabajo trataremos de dilucidar el siguiente cuestionamiento: ¿Son contratos estatales aquellos suscritos por patrimonios autónomos constituidos como resultado de la celebración de contratos de fiducia mercantil por parte de entidades públicas?

CAPÍTULO PRIMERO

FIDUCIA MERCANTIL VS. FIDUCIA PÚBLICA Y ENCARGO FIDUCIARIO

1.1. Características de la fiducia mercantil

Según el artículo 1226 del Código de Comercio, la fiducia mercantil es un negocio jurídico en el que una persona denominada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien asume la obligación de administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho del constituyente o de un tercero.

De acuerdo con Rengifo García¹², esta definición legal conlleva la existencia de dos elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil que son, por un lado, la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados del constituyente al fiduciario y, por otro, la afectación del patrimonio autónomo al cumplimiento de una finalidad específica. Ahora bien, teniendo en cuenta la importancia que para el cumplimiento de los objetivos de este documento tiene el concepto de “patrimonio autónomo”, se precisarán los rasgos esenciales de esta figura.

El artículo 1227 del Código de Comercio indica que “los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida”¹³, de lo cual se desprende que en el contrato de fiducia mercantil, además de la transferencia y afectación de la propiedad, el legislador se encargó de especificar que los bienes recibidos por el fiduciario no hacen parte de la garantía general de sus acreedores, disposición que se complementa con el artículo 1233 del Código de Comercio, según el cual los bienes recibidos por el fiduciario, en virtud de la suscripción del contrato de fiducia mercantil, deben estar separados de los suyos y de los que reciba por otros negocios.

¹² RENGIFO GARCÍA. Op. Cit., p. 59.

¹³ No obstante, existe la denominada fiducia en garantía en donde la finalidad perseguida con el negocio fiduciario es justamente que los bienes fideicomitados sirvan para garantizar obligaciones, caso en el cual se debe dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 1676 de 2013 en materia de registro, oponibilidad y restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario.

En todo caso, la utilización de los bienes del patrimonio autónomo como garantía es posible en tanto dicha garantía sea la finalidad del contrato de fiducia mercantil y solamente en los términos establecidos en dicho contrato, con lo cual se mantiene la regla general según la cual no hacen parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario.

Este régimen especial de tratamiento para los bienes fideicomitidos genera, a su vez, la necesidad de considerarlos como un patrimonio especial en la medida en que ya no son propiedad del constituyente al haber sido trasladados al fiduciario, sin embargo, la titularidad que aquel ostenta no es ordinaria, en la medida en que dichos bienes no hacen parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario. Así pues, su tratamiento contable debe hacerse por separado y solo pueden destinarse para determinados fines, con lo cual se acumulan elementos suficientes para que la parte final del precitado artículo 1233 del Código de Comercio disponga que los bienes fideicomitidos forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

De la lectura de estas normas se deducen como principales características de la fiducia mercantil: el traslado de los bienes fideicomitidos desde el patrimonio del fideicomitente, el tratamiento especial que le debe dar el fiduciario a los recursos recibidos al no hacer parte de la garantía general de sus acreedores y la afectación de los mismos a un fin específico, rescatándose también la noción de patrimonio autónomo como un mecanismo que surge tras reconocerse el carácter especial de los bienes fideicomitidos, dándole operatividad al negocio fiduciario.

Con respecto a la figura del patrimonio autónomo, Rengifo García¹⁴ sostiene que este deviene como el efecto jurídico más destacable de la fiducia mercantil en virtud de la situación en la que se hallan los bienes fideicomitidos. Sin embargo, sostiene que pese a la denominación efectuada por el Código de Comercio en su artículo 1233, en la fiducia mercantil no se acoge a plenitud el concepto de patrimonio autónomo por dos razones: la primera es que en la fiducia mercantil sí existe titularidad de los bienes por parte de la fiduciaria, y la segunda es que el artículo 1238 del Código de Comercio permite que los bienes fideicomitidos puedan ser perseguidos por los acreedores del fideicomitente si la obligación ha sido adquirida con anterioridad a la constitución del negocio fiduciario.

Si bien se resalta lo anterior, para los efectos de este trabajo se mantendrá la referencia a la figura del patrimonio autónomo, no solo porque con esto se reconoce su inclusión como una categoría de creación legal (por disposición del artículo 1233 del Código de Comercio), sino por considerar además que las razones esbozadas por el citado autor para afirmar una concepción parcial de esta figura en la práctica jurídica nacional son más bien recursos instrumentales que cumplen con la finalidad de otorgar capacidad al fiduciario para el cumplimiento de las obligaciones que ha adquirido, así como para proteger los intereses legítimos de terceros.

¹⁴ RENGIFO GARCÍA. Op. Cit., p. 70-72.

Así las cosas, se insiste en la importancia del patrimonio autónomo como el instrumento a través del cual se concretan y materializan las características principales de la fiducia mercantil, es decir, la separación patrimonial del fideicomitente, el tratamiento especial al interior del patrimonio del fiduciario y la afectación de los bienes a una finalidad específica.

1.2. Diferencias de la fiducia mercantil con respecto a los encargos fiduciarios y la fiducia pública

Para los fines de este trabajo es importante distinguir la fiducia mercantil de los encargos fiduciarios y de la fiducia pública de que trata el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con la norma del estatuto de contratación ya mencionada, las entidades públicas podrán celebrar contratos de fiducia o encargos fiduciarios con sociedades fiduciarias cuyo objeto, en el caso de los encargos, será la administración o el manejo de recursos vinculados a contratos celebrados por dichas entidades, de igual forma, la norma indica que la fiducia autorizada para el sector público nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales ni se constituirá en patrimonio autónomo.

Sobre el encargo fiduciario y la fiducia pública podemos afirmar que estas dos figuras contractuales gozan de grandes similitudes en tanto constituyen negocios fiduciarios en los que no se presenta la transferencia de dominio de los bienes fideicomitidos ni hay lugar a la conformación de patrimonio autónomo, concentrándose sus diferencias en aspectos mínimos relacionados con las finalidades para las cuales los recursos pueden estar afectos.

Al respecto, Rengifo García¹⁵ afirma que la única diferencia entre encargo fiduciario y fiducia pública consiste en la destinación de los recursos manejados, puesto que en el primer caso se restringirían a aquellos que corresponden a obligaciones derivadas de la celebración de contratos estatales, y en el segundo, se dispondrían para cualquier otro fin, anotando además que la fiducia pública, como una nueva tipología de contrato autorizado para las entidades estatales, se asemeja más a un encargo fiduciario que a la fiducia mercantil regulada por el Código de Comercio, en tanto no se encuentran las notas

¹⁵ Ibid. p. 248

distintivas de este último que son la transferencia del dominio y la conformación de un patrimonio autónomo.

Aceptando entonces la similitud entre fiducia pública y encargo fiduciario, es posible afirmar que el elemento central que diferencia a estos tipos de contratos con el de la fiducia mercantil es precisamente la configuración del patrimonio autónomo.

Ahora bien, como se explicó en la parte inicial de este trabajo, la fiducia mercantil ha sido introducida por vía de excepción dentro de los contratos que pueden ser suscritos por algunas entidades públicas, lo cual les otorga habilitación suficiente para dar cumplimiento a los fines para las que fueron creadas, a través de la constitución de patrimonios autónomos que cuentan, entre otras, con la posibilidad de adjudicar y celebrar contratos.

Es así como, dependiendo de si cuentan con régimen de excepción o no, las entidades públicas pueden ser parte de estas tipologías de negocios fiduciarios cuya principal diferencia, tal y como se ha visto, radica en la configuración del denominado patrimonio autónomo, circunstancia a partir de la cual se pueden derivar otros elementos distintivos que se pueden concretar de la siguiente manera:

FIDUCIA MERCANTIL	FIDUCIA PÚBLICA Y ENCARGOS FIDUCIARIOS
Existe transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos al fiduciario.	Los bienes fideicomitidos no se transfieren al fiduciario.
La transferencia de los bienes fideicomitidos constituye una circunstancia de ejecución de los mismos en el presupuesto de la entidad pública fideicomitente.	Al no existir transferencia de recursos, no se presenta ejecución en el presupuesto de la entidad pública fideicomitente.
El patrimonio autónomo adjudica y celebra los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines de la fiducia mercantil.	La entidad pública es quien adjudica y celebra los contratos asociados a los recursos entregados para administración del fiduciario.

1.3. La fiducia mercantil en entidades públicas

Dado que la posibilidad de suscripción de contratos de fiducia mercantil por parte de entidades públicas constituye una excepción a los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública relacionados en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en este apartado haremos una revisión general de algunas de las normas que consagran tal excepción, con el objetivo de analizar el alcance de este tipo de disposiciones e intentar conocer las motivaciones para su expedición.

1.3.1. **Ley 143 de 1994** – De acuerdo con su artículo 1°, esta ley establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.

De acuerdo con el artículo 13 de esta norma, la Unidad de Planeación Minero Energética-UPME manejará sus recursos presupuestales y operará a través de un contrato de fiducia mercantil; de igual forma, el artículo 21 de la ley dispone que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, cuya naturaleza jurídica es la de Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía. Esta entidad cuenta con la potestad de manejar sus recursos presupuestales y operar a través de la celebración de un contrato de fiducia mercantil suscrito entre el Ministerio de Minas y Energía y una fiduciaria, el cual se someterá a las normas de derecho privado, así como los actos que se realicen en desarrollo del respectivo contrato de fiducia.

Consultada la exposición de motivos del proyecto de Ley N.º 127 de 1992 del Senado¹⁶, se encuentra que el texto inicial no contemplaba la posibilidad de hacer este manejo presupuestal a través del contrato de fiducia mercantil; sin embargo, en la ponencia para el primer debate¹⁷ y en el texto allí aprobado¹⁸ se encuentra la posibilidad del manejo de recursos a través del contrato de fiducia sin especificar que esta sea la de tipo mercantil y sin indicarse las razones de dicha inclusión. Finalmente, la referencia puntual a la fiducia mercantil se encuentra plasmada en el texto aprobado por la plenaria del Senado¹⁹ sin que en los antecedentes del proyecto se establezcan las motivaciones de dicha inclusión.

¹⁶ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 127 de 1992. Gaceta del Congreso N.º 50 del 2 de septiembre de 1992. p. 1.

¹⁷ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 127 de 1992. Gaceta del Congreso N.º 135 del 18 de mayo de 1993. p. 11.

¹⁸ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 127 de 1992. Gaceta del Congreso N.º 320 del 14 de septiembre de 1993. p. 10.

¹⁹ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 127 de 1992 Gaceta del Congreso N.º 465 del 16 de diciembre de 1993. p. 1.

De acuerdo con información del Sistema Electrónico de Contratación Pública-SECOP, el último contrato de fiducia mercantil suscrito por la UPME es el número C-066-2018, firmado con la Fiduciaria de Occidente, cuyo objeto consiste en el manejo y administración de los recursos presupuestales asignados a la Unidad²⁰.

Por otra parte, según el manual de contratación adoptado por la entidad mediante resolución 372 de 2018²¹, la fiduciaria que maneje los recursos patrimoniales de la entidad, suscribirá los contratos cuya cuantía supere los 1300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con respecto a la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG, el Ministerio de Minas y Energía ha hecho uso de la fiducia mercantil con la suscripción del contrato GGC 312 de 2015²², cuyo objeto es el manejo, administración e inversión de los recursos presupuestales asignados a la CREG.

1.3.2. **Ley 388 de 1997** – Esta ley, que modifica las leyes 9 de 1989 y 3 de 1991, establece el régimen de ordenamiento territorial y uso del suelo.

El artículo 36 dispone que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrán participar en la ejecución de proyectos de urbanización y de vivienda de interés social, a través de la suscripción de contratos de fiducia sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 de la Ley 80 de 1993.

El proyecto de Ley 052 de 1995 del Senado²³ no contempló inicialmente esta facultad que aparece posteriormente incorporada en el texto aprobado por la plenaria del

²⁰ FIDUCIAL MERCANTIL UPME. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.595026&isFromPublicArea=True&isModal=False>

²¹UPME. Manual de contratación [En línea]. Disponible en Internet: URL: https://www1.upme.gov.co/Entornoinstitucional/Contratacion/Documents/Manual_Contratacion_372_2018.pdf

²²MINMINAS. Contrato de fiducia mercantil. Disponible en Internet: URL: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/650252/Contrato+GGC-312-+LA+FIDUCIARIA+DE+OCCIDENTE+S.A..pdf/64a665ce-5ce7-4989-90a1-f60596a9b436>

²³ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 52 de 1995. Gaceta del Congreso N.º 232 del 10 de agosto de 1995. p. 1

Senado²⁴. Revisados los antecedentes del proyecto, no se encuentra una motivación para la utilización de la fiducia mercantil en este contexto.

1.3.3. **Ley 708 de 2001** – Esta ley tiene como objeto establecer normas relacionadas con el subsidio familiar de vivienda, disponiéndose en el artículo 11 la facultad del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana–Inurbe, para celebrar contratos de fiducia sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

El antecedente de esta norma es el proyecto de Ley N.º 061 de 2001 de Cámara²⁵, el cual, en su primera versión, no contemplaba la excepción a la que hace referencia el artículo 11; sin embargo, en la ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes²⁶ se incluyó la potestad de celebración de contratos de fiducia mercantil por parte de la entidad que se pretendía crear para la liquidación de los asuntos del Instituto de Crédito Territorial, sin que se especifique en el documento el objetivo puntual de la excepción.

1.3.4. **Ley 1176 de 2007** – Esta ley tiene como objeto desarrollar los artículos 356 y 357 de la Constitución Política relacionados con la financiación de servicios a cargo de los departamentos, municipios y distritos con cargo al sistema general de participaciones–SGP.

Puntualmente, el artículo 12 le otorga a los Departamentos, Municipios y Distritos la posibilidad de constituir patrimonios autónomos con cargo a los recursos del SGP destinados al sector de agua potable y saneamiento básico para garantizar proyectos de inversión a mediano y largo plazo.

De acuerdo con la exposición de motivos de este proyecto de ley, de iniciativa gubernamental²⁷, la constitución de patrimonios autónomos se incluye en la norma como una forma de incentivar el fomento de los recursos del SGP para el sector de agua potable y saneamiento básico, y no la sustitución del acceso al crédito para apalancar el sector,

²⁴ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 52 de 1995. Gaceta del Congreso N° 337 del 22 de agosto de 1996 p. 1

²⁵ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Ley 061 de 2001. Gaceta del Congreso N.º 391 del 15 de agosto de 2001. p. 1.

²⁶ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Ley 061 de 2001. Gaceta del Congreso N.º 553 del 230 de octubre de 2001. p. 16.

²⁷ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Ley 118 de 2007. Gaceta del Congreso N.º 434 del 7 de septiembre de 2007. p. 30.

asumiendo que el manejo a través de patrimonios autónomos contribuye a la consolidación de dicho objetivo y a la inversión a través del mercado de capitales.

Finalmente, este documento establece que el manejo a través de patrimonios autónomos permite apalancar inversiones de mediano y largo plazo que aseguren la prestación eficiente de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, otorgándole eficacia al manejo de los recursos.

Con ocasión de las facultades otorgadas por la ley, los Municipios y Distritos han suscrito con el consorcio FIA, conformado por Fiduciaria Bogotá, Fiduciaria Bancolombia y BBVA Asset Management, un contrato de fiducia mercantil que sigue vigente desde el 11 de diciembre de 2008²⁸ y cuyo objeto consiste en la administración de los recursos destinados para el desarrollo de los planes departamentales de agua y saneamiento básico, realizar los pagos instruidos por el ordenador del gasto, al igual que servir de garantía y fuente de pago de las obligaciones adquiridas por los fideicomitentes.

- 1.3.5. **Ley 1286 de 2009** – El objetivo general de esta ley es el fortalecimiento del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología y de COLCIENCIAS, creándose a través del artículo 22 el fondo nacional de financiamiento para la ciencia, la tecnología y la innovación, cuyos recursos se manejan a través de un patrimonio autónomo que se origina con la suscripción de un contrato de fiducia mercantil por parte del entonces Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación-COLCIENCIAS.

Con respecto a la motivación para la inclusión de la excepción en materia de configuración de un patrimonio autónomo, una vez revisado el Proyecto de Ley N.º 028 de 2007 de la Cámara de Representantes y el documento de justificación del mismo²⁹, se encuentra que en el proyecto inicial no se encontraba contemplada esta posibilidad.

No obstante, en la justificación de la ponencia para primer debate del Proyecto de Ley N.º 132 de 2008 del Senado³⁰ se indica que con la creación del Fondo de Financiamiento

²⁸ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Carta entrega de contrato de Fiducia Mercantil al consorcio FIA. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.consorciofia.com/files/CONTRATO%20FIDUCIA%201109.pdf>

²⁹ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Ley 028 de 2007. Gaceta del Congreso N.º 340 del 24 de julio de 2007. p. 31.

³⁰ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley N.º 132 de 2008. Gaceta del Congreso N.º 775 del 10 de noviembre de 2008. p. 3.

para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, que se manejará mediante un patrimonio autónomo, se facilitará la financiación para investigación e innovación mediante la articulación de recursos internacionales, públicos y privados.

Por otra parte, se acude al criterio de eficiencia, resaltando la posibilidad de hacer inversiones en proyectos de alta rentabilidad, lo que permite el apalancamiento de recursos privados para actividades de ciencia y tecnología.

En uso de esta facultad legal, COLCIENCIAS suscribió el contrato de fiducia mercantil N.º 661 de 2018³¹ con Fiduciaria La Previsora, cuyo objeto es la constitución de un patrimonio autónomo donde se administren los recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. De acuerdo con el numeral 10.2.1.1 de este contrato, corresponde a la fiduciaria la presentación de un manual operativo que regule, entre otros aspectos, la contratación a cargo del patrimonio autónomo constituido.

- 1.3.6. **Ley 1371 de 2009** – Esta ley tiene como objeto establecer la concurrencia para el pago del pasivo pensional de las universidades estatales del nivel nacional y territorial.

Con el fin de dar cumplimiento al objeto de esta ley, el artículo 2 establece, en cabeza de las universidades, la obligación de constituir un fondo para el pago del pasivo pensional, cuyos recursos se administran a través de una entidad fiduciaria mediante patrimonio autónomo.

De acuerdo con la revisión del Proyecto de Ley N.º 83 de 2008 del Senado, junto con la respectiva exposición de motivos³², esta iniciativa contempla desde su primera versión la administración mediante patrimonio autónomo de los respectivos fondos. No obstante, no se hace ninguna manifestación puntual sobre los objetivos que se persiguen con dicha disposición.

³¹ COLCIENCIAS. Contrato de Fiducia Mercantil 661. [En línea]. Disponible en Internet: URL: https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/contrato_no_661_de_2018.pdf

³² COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley N.º 83 de 2008. Gaceta del Congreso N.º 502 del 5 de agosto de 2008. p. 18.

Ahora bien, en el informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley³³, se indica que el manejo de los fondos para el pago de pasivo pensional a través de patrimonio autónomo margina a las universidades de riesgos financieros, ya que en ese caso su única obligación es el traslado de los recursos, con lo cual, además, estas instituciones pueden dedicarse a sus asuntos misionales.

Es importante destacar que en el proyecto finalmente sancionado se incluyó la referencia a las sociedades fiduciarias como aquellas encargadas de realizar la administración de los recursos, circunstancia que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en la Sentencia C-368 de 2012, tras ser demandada la exclusividad que la ley les otorgaba a las fiduciarias, al considerarse que dicha circunstancia podía configurar una restricción a la libertad de empresa y la libre competencia.

En esta providencia, a fin de declarar la exequibilidad de la disposición, la Corte consideró que las restricciones previstas por la norma acusada respondía a criterios de razonabilidad y a la preservación del núcleo esencial de las libertades económicas; además señaló que en esta ley es apenas lógico hacer referencia a la fiducia mercantil como mecanismo contractual escogido, en tanto es a través de este que se puede conformar un patrimonio autónomo que afecte exclusivamente a una finalidad, en este caso, el pago del pasivo pensional de las universidades públicas como objetivo principal del legislador.

1.3.7. Ley 1537 de 2012 – Tiene por objeto dictar normas tendientes a la facilitación y promoción del desarrollo urbano y el acceso a la vivienda.

De acuerdo con el artículo 6, los recursos destinados en el Presupuesto General de la Nación para proyectos de vivienda de interés prioritario podrán ser administrados a través de patrimonios autónomos a través de la celebración de contratos de fiducia mercantil en donde la selección y contratación del fiduciario se rige exclusivamente por las normas de derecho privado.

En la exposición de motivos de esta norma de iniciativa gubernamental³⁴ se planteó que la inclusión de la posibilidad de gestión a través de patrimonios autónomos y le otorga efectividad a la ejecución de los recursos; a su vez, este documento plantea que la

³³ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley N.º 83 de 2008. Gaceta del Congreso N.º 439 del 5 de junio de 2009. p. 1.

³⁴ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Ley 223 de 2012. Gaceta del Congreso N.º 180 del 26 de abril de 2012. p. 6.

referencia al derecho privado como el régimen aplicable para la contratación de la fiducia mercantil y el desarrollo de esta permite agilizar la ejecución de los recursos.

En aplicación de esta norma, el Fondo Nacional de Vivienda ha suscrito varios contratos de fiducia mercantil para la ejecución de distintos programas de vivienda, dentro de los que se cuentan el programa de vivienda gratuita (Contrato 301 de 2012, suscrito con Fiduciaria Bogotá³⁵, y Contrato 325 de 2015, suscrito con el consorcio Alianza-Colpatria³⁶), programa de vivienda para ahorradores (Contrato 491 de 2013 suscrito con Fiduciaria Bogotá³⁷), programa Mi Casa Ya (Contrato 421 de 2015 suscrito con Fiduciaria de Occidente³⁸) y programa de arrendamiento semillero de propietarios (Contrato 006 de 2018 suscrito con Fiduciaria Bogotá³⁹).

1.3.8. Ley 1702 de 2013 – Por medio de esta ley se crea la Agencia Nacional de Seguridad Vial como máxima autoridad para la aplicación de políticas y medidas de seguridad vial nacional.

El artículo 7 crea el Fondo Nacional de Seguridad Vial como una cuenta especial de dicha Agencia y en el párrafo la norma dispone que los recursos de dicho fondo serán administrados por la fiduciaria con quien la Agencia suscriba el respectivo contrato. De acuerdo con esta norma, el patrimonio autónomo constituido ejecuta los recursos de conformidad con las funciones asignadas a la Agencia y refiere al régimen jurídico privado como el aplicable en materia contractual.

Consultado el Proyecto de Ley N.º 166 de 2012 del Senado, junto con la respectiva exposición de motivos⁴⁰, se encuentra que en este primer documento no se contemplaba

³⁵ FONVIVIENDA-FONDO NACIONAL DE VIVIENDA. Detalle del Proceso Número: 302 DE 2012. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9859086>

³⁶ FONVIVIENDA-FONDO NACIONAL DE VIVIENDA. Detalle del Proceso Número: 325 DE 2015. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9896075>

³⁷ FONVIVIENDA-FONDO NACIONAL DE VIVIENDA. Detalle del Proceso Número: 491 DE 2013. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9885240>

³⁸ FONVIVIENDA-FONDO NACIONAL DE VIVIENDA. Detalle del Proceso Número: 421 DE 2015. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9905167>

³⁹ FONVIVIENDA-FONDO NACIONAL DE VIVIENDA. Detalle del Proceso Número: 006 DEL 2018. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9841155>

⁴⁰ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 166 de 2012. Gaceta del Congreso N.º 821 del 21 de noviembre de 2012. p. 13.

la creación del Fondo Nacional de Seguridad Vial, disposición que fue incluida en la ponencia para primer debate en Cámara de Representantes⁴¹, junto con la posibilidad de administración de los recursos mediante la suscripción de un contrato de fiducia mercantil. Sin embargo, en el informe de ponencia no se hace ninguna referencia a la motivación de esta inclusión.

En aplicación de esta facultad, la Agencia Nacional de Seguridad Vial ha suscrito el contrato de fiducia mercantil N.º 43 de 2018 con Fiduciaria Colpatria, cuyo objeto es la constitución de un patrimonio autónomo donde se administrarán los recursos del Fondo Nacional de Seguridad Vial y al cual se encuentra asociado un manual de contratación que rige la actividad contractual de dicho patrimonio⁴².

De las normas revisadas, se encuentra que no en todos los casos se presenta justificación para la inclusión de la posibilidad de suscribir contratos de fiducia mercantil, y, en aquellos en donde existe una referencia expresa, es común el argumento de la eficiencia y la eficacia como razones para permitir la constitución de patrimonios autónomos, resaltándose la facilidad para la realización de inversiones y la existencia de mejores condiciones para la ejecución de recursos.

Sobre el estudio de los antecedentes de estas normas es posible concluir la insuficiencia en la motivación del legislador para la inclusión de las excepciones, ya que se ha podido percatar que en la mayoría de los casos no se incluyó justificación alguna para la autorización de la fiducia mercantil, lo cual lleva a concluir que existe desconocimiento del legislador sobre el alcance e implicaciones que se desprenden de permitir el uso de esta figura por parte de las entidades públicas.

Por otra parte, en los casos en los que sí se incluyó una justificación en los antecedentes del proyecto de ley, las razones responden a criterios que no cuentan con un soporte que los sustente, tal y como sucede en el caso de la facilidad para la realización de inversiones o, peor aún, buscan, como en el caso de la Ley 1537 de 2012, ampararse en el logro de una mayor eficacia como justificación para legalizar la inaplicación de principios, como el de la anualidad del presupuesto⁴³ al hacer explícito que con el solo

⁴¹ COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 166 de 2012. Gaceta del Congreso N.º 932 del 19 de noviembre de 2013. p. 1.

⁴² INVÍAS. Manual de contratación derivada versión 3 del patrimonio autónomo. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://ansv.gov.co/public/uploads/ManualInversionv3.pdf>

⁴³ De acuerdo con el artículo 14 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, en aplicación del principio de anualidad, después del 31 de diciembre de cada año no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos no afectados con compromisos caducarán sin excepción.

traslado de recursos a la fiducia se entiende ejecutado el presupuesto, aun cuando ese traslado no garantiza que durante la vigencia fiscal se está comprometiendo el recurso directamente en la actividad a la cual debe dirigirse.

El argumento de una mayor eficacia también resulta insuficiente por dos razones adicionales: primero, porque presume la ineficacia del régimen general de contratación estatal sin presentar datos o estudios que sustenten tal afirmación; y segundo, porque se omite la inclusión de algún razonamiento que establezca un nexo causal entre la actividad de que trata la norma y la necesidad de permitir su ejecución mediante la fiducia mercantil.

Ahora bien, en un ejercicio de comparación entre estas normas es posible reconocer una orientación del legislador hacia el uso de la fiducia mercantil como un mecanismo para la focalización de recursos hacia servicios cuya prestación justifica la utilización de un instrumento que permita un flujo constante y menos restrictivo de bienes públicos; sin embargo, se insiste en que ni el legislador ni las entidades públicas que usan la figura cuentan con un conocimiento claro de las implicaciones asociadas a su utilización.

Finalmente, se puede concluir que las entidades públicas, efectivamente, hacen uso de la posibilidad de suscripción de contratos de fiducia mercantil y desarrollan actividad contractual a través de los patrimonios autónomos constituidos. Corresponde ahora analizar los elementos relacionados con la capacidad jurídica de estos patrimonios autónomos para obligarse contractualmente, como parte del cumplimiento de las funciones que les son asignadas en el marco de los contratos de fiducia mercantil.

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS DERIVADOS DE CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL PÚBLICOS

Un elemento determinante para resolver el problema jurídico planteado en este trabajo es el relativo a la capacidad jurídica de los patrimonios autónomos para ejercer actividades contractuales, ya que a partir de este análisis es posible avanzar en la delimitación de la naturaleza jurídica de los instrumentos suscritos por tales patrimonios.

Este estudio abordará tres elementos a través de los cuales se le puede dar identidad jurídica a la capacidad contractual del patrimonio autónomo, a saber: (i) el estudio de la capacidad como atributo aplicado a la figura del patrimonio autónomo pese a la inexistencia de personería jurídica, (ii) la ley habilitante que permite la suscripción de contratos de fiducia mercantil por parte de entidades públicas y (iii) la representación o vocería del fiduciario en el marco del carácter instrumental del negocio fiduciario.

2.1. La capacidad jurídica, ¿un atributo del patrimonio autónomo?

En el sistema jurídico colombiano es claro que el patrimonio autónomo no goza de personería jurídica; es decir, que su constitución no origina un nuevo sujeto de derecho, tal y como la afirma Rodríguez Azuero⁴⁴. No obstante, dicho patrimonio sí ha sido reconocido como sujeto con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones; de ahí que pueda suscribir contratos válidamente e incluso actuar en procesos judiciales.

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que, en efecto, “a los patrimonios autónomos no se les ha conferido personalidad jurídica y, sin perjuicio de ello, su presencia da lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho (...)”⁴⁵, de ahí que sea posible hablar de la capacidad para la celebración de tales operaciones, aun aceptando la inexistencia de la personalidad jurídica.

⁴⁴RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Negocios Fiduciarios, Su significación en América Latina*. Segunda Edición. Legis. Bogotá. 2017. p. 216

⁴⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. DESCONGESTIÓN. Sentencia. Radicado 25000-23-24-000-2005-00195-01 del 1° de marzo de 2018.

Un ejemplo de estos casos en los que la capacidad no se encuentra asociada a la personería jurídica es el de los consorcios o uniones temporales. Sobre estas figuras, la Corte Constitucional, al estudiar el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, encontró ajustada a la Constitución Política la norma que otorga capacidad contractual a este tipo de convenios, sin exigirles como condición la de ser personas jurídicas⁴⁶.

Por su parte, el Consejo de Estado ha indicado que, a pesar de no constituir un nuevo sujeto de derecho, los consorcios y uniones temporales cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de derechos y obligaciones derivados de procesos administrativos de selección de contratistas y de los mismos contratos estatales, así como concurrir a procesos judiciales originados en controversias surgidas de los procedimientos de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del respectivo contrato estatal⁴⁷.

Para efectos de los procesos asociados a la contratación estatal, dicha capacidad se encuentra delimitada por la facultad otorgada por el artículo 6° de la Ley 80 de 1993 a los consorcios y uniones temporales para celebrar contratos con el Estado, lo cual, por ser contrario a la norma citada, deslegitima cualquier tesis que afirme la incapacidad de estas figuras solo por el hecho de no constituir personas jurídicas.

Este mismo razonamiento es el que se utiliza para afirmar la capacidad de los patrimonios autónomos, pese a que su capacidad no deriva de la personería jurídica, sino de las mismas normas del Código de Comercio que indican que con ocasión de la celebración de contratos de fiducia mercantil se constituyen este tipo de instrumentos para el cumplimiento de finalidades específicas que requieren contar con capacidad para obligarse⁴⁸.

Al respecto, Rodríguez Azuero⁴⁹ se refirió al desacierto en que se incurre si se afirma que la carencia de personería jurídica del patrimonio autónomo es razón suficiente para limitar la capacidad de actuación de este en determinados negocios. Así lo sostuvo con ocasión de la expedición de algunos conceptos de la Superintendencia de Sociedades en los que se aduce que un patrimonio autónomo no puede ser parte en la constitución de sociedades, al requerir el Código de Comercio en su artículo 98 la concurrencia de dos o

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001.

⁴⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia. Radicado 25000-23-26-000-1997-13930-01 del 25 de septiembre de 2013.

⁴⁸ De la lectura armónica de los artículos 1226, 1227 y 1233 del Código de Comercio, se deduce que el patrimonio autónomo se conforma con los bienes fideicomitidos y se encuentra afecto solamente al cumplimiento de las variadas finalidades que pueden determinarse en el contrato de fiducia mercantil.

⁴⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Op. Cit., p. 217-218.

más personas para tales efectos. Sobre el particular, el autor señala que se trata de una consideración formalista y desatinada, porque desconoce que tanto doctrina como jurisprudencia han aceptado la posibilidad de que ciertos patrimonios de afectación puedan ser sujetos de derechos y obligaciones.

Ahora bien, lo que resulta destacable de la réplica de este doctrinante es la afirmación según la cual la tesis de la falta de capacidad jurídica de los patrimonios autónomos para obligarse constituye un despropósito, en tanto de ser así, no podrían ni siquiera contratar, lo que desconoce el artículo 1227 del Código de Comercio que establece que los bienes objeto de la fiducia sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida, lo cual les da la facultad de obligarse.

De acuerdo con lo expuesto, es posible afirmar que en el caso de los patrimonios autónomos la capacidad jurídica para suscribir contratos no se encuentra asociada a la personería jurídica, sino a la necesidad de contar con la misma para cumplir con los propósitos y funciones que la ley comercial le ha asignado a estos instrumentos en el marco de los contratos de fiducia mercantil, ya que, de lo contrario, el patrimonio autónomo no podría actuar en el tráfico jurídico, imposibilitándose el cumplimiento de las finalidades para las cuales ha sido conformado.

2.2. La ley habilitante para la celebración de contratos de fiducia mercantil por entidades públicas

El numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 enuncia los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública como contratos estatales. A su vez, el inciso séptimo del mencionado numeral 5 establece que la fiducia que se autoriza para el sector público nunca implicará la transferencia de dominio ni la constitución de patrimonio autónomo, con lo cual es claro que, por regla general, la fiducia mercantil se encuentra proscrita en el ámbito de lo público.

Como hemos visto, esta prohibición se ha levantado para determinados casos mediante normas especiales que le han permitido a diferentes entidades la celebración de contratos de fiducia mercantil y la conformación de patrimonios autónomos para el cumplimiento de todas o algunas de las funciones que le han sido encomendadas, con lo cual se acepta que los patrimonios autónomos que se constituyen en aplicación de esta facultad y pueden ejercer todas las acciones para el cumplimiento de los fines de su constitución, entre las que se encuentra la actividad contractual.

De acuerdo con lo anterior, la capacidad contractual de este tipo de patrimonios autónomos se encuentra otorgada por cada una de las normas que incluyen excepciones a lo dispuesto en el numeral 5° de la Ley 80 de 1993, ya que estas no solo permiten que se constituyan patrimonios autónomos con recursos públicos, sino que delimitan la actuación de dichos instrumentos, estableciendo las funciones de las entidades públicas que pueden o deben ser cumplidas a través de ellos, razón por la cual se puede afirmar que la capacidad contractual del patrimonio autónomo depende de que la ley habilitante establezca directamente la función contractual o que los fines que la misma ley le ha encomendado al patrimonio autónomo requieran de dicha actividad.

Lo anterior es importante porque refuerza el argumento de la capacidad contractual del patrimonio autónomo pese a la inexistencia de personería jurídica expuesto en el apartado 2.1 del presente trabajo. Esto es así porque al reconocimiento de este atributo como indispensable para dar cumplimiento a las funciones que la ley comercial le ha otorgado de manera general a los patrimonios autónomos se suma la necesidad de contar con tal capacidad para dar cumplimiento a las funciones que en materia de contratación les han asignado las leyes habilitantes a los patrimonios autónomos derivados de contratos de fiducia mercantil con participación de entidades públicas.

En suma, los patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos, pese a no contar con personería jurídica, cuentan con capacidad para contratar, derivada de los artículos 1226, 1227 y 1233 del Código de Comercio que establecen que los bienes objeto de la fiducia garantizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida y de las leyes que habilitan a ciertas entidades públicas para la suscripción de contratos de fiducia mercantil, en tanto dichas disposiciones establecen finalidades que requieren que el patrimonio autónomo constituido cuente con capacidad para obligarse.

2.3. La representación o vocería a cargo del fiduciario en el marco de la instrumentalidad del negocio

Si bien el patrimonio autónomo puede adquirir obligaciones y ser sujeto de derechos, parece obvio que una ficción jurídica como esta requiera de un mecanismo de representación para manifestarse en el tráfico jurídico.

Lo primero que debe indicarse sobre este asunto es que, para efectos del presente trabajo, se hará referencia de manera indistinta a la representación o vocería como verbo rector de la actuación del fiduciario. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien el

concepto de vocería goza de predilección en el lenguaje común asociado a la fiducia mercantil, dicho uso generalizado se encuentra asociado a lo que Rengifo García⁵⁰ ha caracterizado como un argumento formalista de un sector de la doctrina que advierte que la representación solo puede predicarse de las personas, bien sean naturales o jurídicas, a lo cual se debería responder con los mismos argumentos que han servido de base para replicar a los sectores que aducen la falta de personería jurídica del patrimonio autónomo para negar la capacidad del mismo, esto es, que negar la representación por parte del fiduciario es contrario a la esencia misma de sus funciones y a la de la figura de la fiducia mercantil.

A criterio del autor, esta idea de Rengifo García es acertada en cuanto se ajusta a la denominación del contrato de fiducia mercantil y a la función del fiduciario con ocasión de su celebración, la cual se encuentra asociada principalmente por representar al patrimonio autónomo en todas sus actuaciones. Por lo tanto, afirmar que la representación solo se predica de las personas naturales o jurídicas equivaldría a desnaturalizar el rol que el legislador le ha asignado al fiduciario en este tipo de negocios, puntualmente en el literal 1 del artículo 1234 del Código de Comercio que le impone al fiduciario la obligación de “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”.

Si bien se establece lo anterior, al considerar que la vocería es un término que también tiene la capacidad de reflejar el ejercicio del fiduciario sin afectar las bases de las instituciones objeto de estudio, y cuyo uso es hoy en día generalizado, se mantendrá tal referencia para efectos de este documento.

Entrando en materia, los numerales 1, 2 y 4 del artículo 1234 del Código de Comercio establecen como funciones del fiduciario las de “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”; “mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios” y “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”. Estas funciones reflejan que a la transferencia de los bienes de que trata el artículo 1226 se suma un rol activo del fiduciario en relación con el manejo de dicho patrimonio.

En cuanto a los numerales 1 y 4, es posible señalar que el legislador puso en cabeza del fiduciario la facultad de representación, en tanto solo a través de su ejercicio se puede cumplir con las funciones que la ley le ha asignado a esta parte del contrato. En otros términos, el fiduciario no podría cumplir con la realización de los actos necesarios para el

⁵⁰ RENGIFO GARCÍA. Op. Cit., p. 74-75.

cumplimiento del objeto del contrato y mucho menos proteger y defender los bienes fideicomitidos, si no pudiera actuar en representación de los mismos.

Con respecto al numeral 2, puede verse cómo el legislador se preocupó por dejar claro que en la fiducia mercantil se presenta una separación que da origen al patrimonio autónomo y el fiduciario se encuentra obligado a garantizar esa independencia, lo cual deriva en que las actuaciones que ejecute en cumplimiento de dicha obligación no lo comprometen a él, sino al patrimonio autónomo del cual es vocero.

Sobre este asunto, Rengifo García⁵¹ sostiene que la separabilidad del patrimonio de que trata dicha norma, sumada a la finalidad jurídico-práctica de la fiducia mercantil, determina que el fiduciario no actúe en nombre del fideicomitente, sino en nombre del patrimonio autónomo, lo cual implica que informe a los terceros con los que asuma obligaciones, que en determinado negocio actúa como fiduciario y no comprometiéndolo su propio patrimonio; es decir que, en materia de contratación, la actuación del fiduciario no lo obliga a él, sino al patrimonio autónomo. En términos de Rodríguez Azuero⁵², “el fiduciario debe actuar, invariablemente, en nombre y por cuenta explícita del patrimonio autónomo del cual es titular, lo cual supone automática e implícitamente, que lo hace en interés de un tercero y no en su propio beneficio”.

De acuerdo con estas ideas, se puede indicar que la actuación del fiduciario como representante o vocero del patrimonio autónomo se encuentra asociada al denominado carácter instrumental de la fiducia mercantil⁵³, es decir, a la característica de este negocio según la cual el fideicomiso se encuentra afecto al cumplimiento de la amplitud de fines que pueden contemplarse en el acto constitutivo.

Así las cosas, es posible afirmar que la capacidad contractual del patrimonio autónomo se encuentra asociada a la capacidad que la ley le ha otorgado al fiduciario para actuar en su representación, como garante del carácter instrumental del negocio fiduciario. En concreto, la capacidad del representante o vocero es de suma importancia porque gracias a esta se ejecutan las actuaciones del patrimonio autónomo, incluida su actividad contractual.

Ahora bien, es importante destacar que al estar organizadas las fiduciarias como sociedades anónimas, en virtud del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema

⁵¹ Ibid. p. 72.

⁵² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Op. Cit., p. 296

⁵³ RENGIFO GARCÍA. Op. Cit., p. 63

Financiero, actuaciones que lleva a cabo su representante legal en aplicación de los artículos 440, 441 y 442 del Código de Comercio.

De conformidad con esas disposiciones, este tipo de sociedades deben tener al menos un representante legal con uno o más suplentes que se deben inscribir en el registro mercantil y que representarán a la sociedad para todos los efectos legales; por lo anterior, las actuaciones del fiduciario como representante o vocera del patrimonio autónomo se realizan en la práctica a través de quienes ostenten la calidad de representantes legales de la sociedad fiduciaria.

Concluida la capacidad contractual de los patrimonios autónomos objeto de estudio, corresponde ahora analizar la naturaleza jurídica de los recursos con cargo a los cuales se asumen estas obligaciones.

CAPÍTULO TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECURSOS FIDEICOMITIDOS

Si la contratación a través de patrimonios autónomos derivados de la suscripción de contratos de fiducia mercantil por parte de entidades públicas implica la transferencia de recursos de la entidad y la posterior contratación con cargo a los mismos, es ineludible hacer alusión a la naturaleza jurídica de los recursos que componen el patrimonio autónomo.

Este análisis resulta indispensable para efectos de la definición de la naturaleza jurídica de los contratos suscritos por patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos, teniendo en cuenta que la esencia misma del negocio fiduciario determina que la atención no recaiga en la figura del fideicomitente, sino, primordialmente, en los recursos que conforman el patrimonio autónomo mediante el cual se cumple con la finalidad del acto constitutivo. En ese sentido, sostener que el patrimonio autónomo está conformado por recursos de carácter público abona el camino para afirmar que los contratos suscritos por este gozan de la misma naturaleza.

Para abordar esta discusión, empezaremos por analizar los efectos que se presentan sobre la naturaleza pública de los recursos fideicomitidos cuando con estos se conforma un patrimonio autónomo, para lo cual retomaremos las características de la separación patrimonial y la instrumentalidad del negocio fiduciario. Finalmente, se presentarán algunas consideraciones relacionadas con el alcance del control fiscal en el marco de los contratos de fiducia mercantil públicos.

3.1. La configuración del patrimonio autónomo no modifica la naturaleza pública de los recursos fideicomitidos

Según la circular básica jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia⁵⁴:

⁵⁴ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Circular Básica Jurídica. Capítulo I, Título II, Parte II.

[Se] entiende que un negocio fiduciario administra recursos o bienes de naturaleza pública cuando dichos recursos sean aportes patrimoniales al fideicomiso y provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público, sea del nivel nacional, departamental, municipal, distrital o de los organismos descentralizados que conforman dichos niveles, sin tener en cuenta la modalidad de contratación utilizada para la celebración del negocio. Igualmente, se entienden como públicos los recursos parafiscales.

De acuerdo con esta norma, para efectos de los esquemas fiduciarios, incluidos el contrato de fiducia mercantil, el carácter público de los recursos fideicomitados se encuentra asociado a la naturaleza de la entidad que suscribe el respectivo contrato de fiducia mercantil y que, con ocasión del mismo, los entrega para la conformación del patrimonio autónomo. Esta sola circunstancia bastaría para asegurar válidamente que a la luz de la normativa que rige la vigilancia y control del sistema financiero, la naturaleza pública del recurso se mantiene pese a la transferencia al fiduciario en tanto proviene de una entidad pública que ha suscrito el acto constitutivo.

En nuestro criterio, la definición del carácter público de los recursos fideicomitados a partir de la naturaleza pública de la entidad fideicomitente acogida por las normas que rigen la vigilancia y control de la actividad financiera se explica a partir de las características propias de la fiducia mercantil, tal y como explicaremos a continuación.

Como ya hemos dicho, dos de las principales características de esta figura contractual son la separación patrimonial —que significa que los recursos que se entregan en fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente y se integran al del fiduciario, constituyendo un patrimonio autónomo— y la instrumentalidad, es decir, la afectación del patrimonio autónomo al cumplimiento de una finalidad determinada por el fideicomitente en el respectivo contrato.

Con el reconocimiento de estas características a la fiducia mercantil celebrada por entidades públicas es posible concluir que, si bien los recursos fideicomitados dejan de hacer parte del patrimonio del fideicomitente, siendo este traslado un mecanismo necesario para la administración de los bienes por parte de la fiduciaria (separación patrimonial), dichos recursos se mantienen vinculados a los fines perseguidos por quien ha constituido la fiducia (instrumentalidad). Se podría decir entonces que aunque los bienes no son del fideicomitente, el uso de estos sí se encuentra indefectiblemente atado a su voluntad.

En los anteriores términos, es posible sostener fundadamente que si bien el recurso público es ejecutado en el presupuesto de la entidad, este mantiene su destinación y origen público al estar vinculado en todo momento a la voluntad del fideicomitente, la cual, en el caso de las entidades públicas, solo puede estar dirigida al cumplimiento de los fines públicos que el ordenamiento jurídico les ha encomendado.

En conclusión, en este caso la propiedad en manos de un privado no le quita a la entidad pública la disposición sobre el manejo del recurso, ya que, en todo caso, este se encuentra atado a los fines públicos para los cuales ha sido dispuesto. En ese sentido, su calidad pública se mantiene aunque no haga parte del patrimonio de la entidad estatal.

3.2. Alcance del control fiscal sobre patrimonios autónomos conformados con recursos públicos

Un aspecto que refuerza la conclusión que aquí se presenta sobre el carácter público de los recursos que conforman los patrimonios autónomos es el relacionado con el control fiscal que se efectúa sobre tales bienes, ya que corresponde a un asunto directamente relacionado con la vigilancia de la correcta gestión de bienes públicos. Así se corrobora a partir de las precisiones normativas aplicables al tema, las consideraciones doctrinarias asociadas al ejercicio de esta función, y los documentos que en desarrollo de la misma ha expedido la Contraloría General de la República.

En efecto, desde el punto de vista constitucional, el control fiscal se entiende como una función pública orientada a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes públicos, enfatizando el artículo 267 superior que dicha actividad se realiza en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos, lo que ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un control amplio e integral⁵⁵.

Ahora bien, si el control se ejerce sobre la denominada gestión fiscal, es importante referenciar la definición que de dicho término ha acuñado el legislador. Al respecto, el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 la define como:

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-470 de 2017.

[El] conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado (...).

La amplitud e integralidad del control fiscal también se ve reflejada en las facultades que en materia de investigación le fueron otorgadas a los organismos de control fiscal por la Ley 1474 de 2011, la cual dispone en su artículo 114 que estas entidades en desarrollo de sus funciones pueden hacer distintas exigencias⁵⁶ tanto a servidores públicos como a contratistas, interventores y en general a todas las personas que hubiesen participado en los hechos que sean objeto de investigación, dejando claro que en materia de gestión fiscal cualquier persona puede ser objeto de control y de responsabilidad fiscal.

Como puede verse, nuestra legislación contempla un margen de interpretación significativamente amplio con respecto a la gestión fiscal y al control de esta, situación que ha dado lugar a la idea integralidad del control fiscal a que se refiere la Corte Constitucional, con la cual se alude a la imposibilidad de admitir supuestos de exclusión al ejercicio de este control, cuando se encuentre acreditada la presencia de recursos públicos⁵⁷.

⁵⁶ De acuerdo con el artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, los organismos de control fiscal pueden:

“a) Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de daño patrimonial al Estado originados en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna y que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado;

b) Citar o requerir a los servidores públicos, contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación;

c) Exigir a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;

d) Ordenar a los contratistas, interventores y proveedores la exhibición y de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad;

e) En general, efectuar todas las diligencias necesarias que conduzcan a la determinación de conductas que generen daño al patrimonio público.”

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1191 de 2000; C-967 de 2012; C-103 de 2015

En desarrollo de esta idea, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-967 de 2012, señaló que en aplicación del principio de interpretación conforme⁵⁸ debe entenderse que el control fiscal comienza desde el momento en que la entidad pública o el particular dispone del recurso público, pasando por el proceso de manejo e inversión y hasta el momento de la evaluación de los resultados obtenidos con la utilización de dichos fondos, de acuerdo con el grado de realización de los objetivos trazados, es decir, hasta la finalización y liquidación de los respectivos contratos.

Siguiendo con la línea de la integralidad fiscal, Gómez Lee⁵⁹ en su estudio sobre el control fiscal y la gestión de las entidades fiduciarias, sostiene que:

[E]l alcance de la responsabilidad fiscal en la contratación pública está enmarcado en un criterio objetivo material, según el cual, sin importar la naturaleza de una persona, sujeto u organización, siempre que se disponga el manejo o la administración de recursos públicos, y en tal condición exista un acuerdo de voluntades que produzca un efecto jurídico sobre dichos recursos, se adquiere el estatus de gestor fiscal y potencial sujeto de la responsabilidad fiscal.

De acuerdo con estas reflexiones, es claro que en materia de patrimonios autónomos la aplicación de la tesis de integralidad del control fiscal hace que este deba ejercerse tanto para la contratación de la fiducia mercantil por parte de la entidad estatal, como para los procesos de contratación efectuados por la sociedad fiduciaria en su calidad de vocera o representante del patrimonio autónomo constituido, en la medida en que en esta última etapa se mantiene la calidad pública del recurso administrado, que es en la que directamente se busca cumplir con el objeto de la fiducia.

Ejemplo de lo anterior es el fallo de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República, número 118 del 14 de febrero de 2013, mediante el cual se declaró responsable fiscal al vicepresidente comercial de FIDUAGRARIA S.A., al considerarse que este tenía la calidad de gestor fiscal en razón a la disponibilidad jurídica y material que detentaba sobre recursos públicos que habían ingresado a un patrimonio autónomo, procedentes del Departamento de Casanare.

⁵⁸ Principio según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse e interpretarse en el sentido que mejor se adapte al orden constitucional.

⁵⁹ GÓMEZ LEE, Iván Darío. Control fiscal y la gestión de las entidades fiduciarias. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014. p. 43

Uno de los principales argumentos del fallo de responsabilidad fiscal confirmado en instancia judicial⁶⁰ es la obligación de la Fiduciaria de verificar la procedencia y legalidad de los recursos públicos que percibió; esto, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo del artículo 1 del Decreto 1049 de 2006, hoy compilado en el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, reglamentario del sector financiero, asegurador y del mercado de valores, según el cual “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”.

De acuerdo con lo anterior, en materia de responsabilidad fiscal esta disposición constituye la base para asignar en cabeza del fiduciario la calidad de gestor fiscal, de lo cual se rescata que por su amplitud y por ser una norma que pretende delimitar la gestión del fiduciario con respecto a las calidades del fideicomitente y de la naturaleza de los recursos que recibe de este, constituye también una importante base normativa para precisar la naturaleza de la actividad contractual de los patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos.

En un fallo más reciente⁶¹, la Contraloría General de la República declaró responsable fiscal a Fiduciaria Bancolombia, al considerar que esta no había cumplido con los deberes que le correspondían en virtud de lo dispuesto en el artículo 1234 del Código de Comercio, citando nuevamente el artículo 1 del Decreto 1049 de 2006 para afirmar el incumplimiento del deber exigible en cuanto a la defensa de los recursos fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y del mismo constituyente.

En este caso, la responsabilidad del fiduciario se determinó teniendo en cuenta que dicha entidad efectuó pagos de actividades que no podían costearse con cargo a los recursos administrados. Al respecto, el auto⁶² que confirma la responsabilidad de la fiduciaria afirma que esta

[Debía] preguntarse si los concesionarios fideicomitentes, en virtud del contrato de fiducia irrevocable de administración y pagos, podían celebrar dichos contratos y resoluciones con cargo a los recursos fideicomitados, confrontando las fuentes de esas obligaciones con los criterios legales de eficiencia económica y suficiencia financiera del régimen tarifario de los

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia. Radicado 25000-23-41-000-2014-00058-01 del 15 de septiembre de 2016

⁶¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Fallo de responsabilidad fiscal número 1348 del 10 de agosto de 2017, confirmado mediante auto 275 del 9 de octubre de 2017.

⁶² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Auto 275 del 9 de octubre de 2017.

servicios públicos domiciliarios consagrados en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, concordante con las directrices definidas en la resolución 235 de 2002 CRA, siendo negativa la respuesta por lo atrás expuesto.

De acuerdo con lo anterior, en criterio del ente de control, la fiduciaria que administra recursos públicos no juega un papel estrictamente operativo, sino que debe asumir un rol amplio en el sentido de conocer y actuar de conformidad con las capacidades y limitaciones de las entidades públicas que aportan recursos al respectivo negocio.

Esta posición ha sido fuertemente cuestionada por el sector financiero en cabeza de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras-ANIF⁶³, quien sostiene que la actuación del fiduciario debe entenderse limitada por lo establecido en el contrato de fiducia, sin que sea razonable ampliar el espectro normativo que rige dicha gestión a través de la exigencia del cumplimiento de sus funciones a la luz de los principios generales que rigen la administración de recursos públicos, y menos aún, asignarle la categoría de gestor fiscal por cuanto las funciones de ordenación del gasto no son cumplidas directamente por las fiduciarias y no podrían serlo en virtud de la prohibición de delegación de dicha función por parte de los servidores públicos.

De igual forma, se exponen en el estudio de la ANIF los efectos económicos de medidas como la tomada por la Contraloría, en el sentido de desincentivar la participación del sector fiduciario en negocios que involucren la administración de recursos públicos o el consecuente encarecimiento de este tipo de servicios financieros.

Ahora bien, analizados los argumentos jurídicos de la ANIF, consideramos que no cuentan con un sustento jurídico sólido que permita sostener su validez, ya que la Asociación olvida que el contrato fiduciario y el negocio en general debe desarrollarse a la luz de lo estipulado por las normas de rango superior que regulan este tipo de acuerdos, dentro de las que se encuentran el Decreto 2555 de 2010 que expresamente prohíbe la utilización del negocio fiduciario como un mecanismo para llevar a cabo labores prohibidas para el fideicomitente. En ese sentido, no es posible afirmar que solamente el texto contractual rige el negocio, ya que como todo contrato, este debe suscribirse e interpretarse a la luz de las normas que limitan la actuación de los contratantes.

⁶³ Al respecto se puede consultar la investigación de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras ANIF, publicada en junio de 2018 denominada “Entes de Control Estatal y las Sociedades Fiduciarias” con ocasión del fallo de responsabilidad fiscal número 1348 del 10 de agosto de 2017 de la Contraloría General de la República.

En materia de contratos de fiducia mercantil públicos, la aplicación del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 y las leyes que habilitan a las entidades públicas para la celebración de este tipo de contratos funcionan como una especie de canalizador normativo a través del cual se amplía el espectro de disposiciones aplicables a este tipo de negocios, ya que a las partes del mismo les corresponde actuar cumpliendo no solo las normas de derecho privado que regulan el contrato de fiducia, sino también las normas de derecho público bajo las cuales se delimita la gestión de la respectiva entidad estatal.

De lo anterior se deduce que si la prohibición general de utilizar el fideicomiso como mecanismo para llevar a cabo actividades que no le estarían permitidas al fideicomitente aplica incluso para asignar la calidad de gestor fiscal a las sociedades fiduciarias, bien podría desarrollarse este argumento para efectos de reforzar la tesis del carácter público de los recursos administrados y ejecutados por la fiduciaria y de la naturaleza estatal de los contratos suscritos por este tipo de patrimonios autónomos.

CAPÍTULO CUARTO

LOS CONTRATOS SUSCRITOS POR PATRIMONIOS AUTÓNOMOS SON CONTRATOS ESTATALES

A partir del criterio de inmutabilidad de la naturaleza pública de los recursos públicos cuando estos pasan a conformar el denominado patrimonio autónomo, es posible afirmar que este último goza de esa misma naturaleza, puesto que su identidad jurídica se deriva justamente de los bienes que lo componen. Aún así, para poder aplicar ese mismo razonamiento a los contratos por él suscritos, es necesario hacer un análisis adicional teniendo en cuenta los planteamientos que en materia de identificación de contratos estatales plantea el denominado criterio orgánico.

Como se expuso en la sección introductoria, el criterio actual para la identificación del contrato estatal se encuentra asociado a la naturaleza de las entidades que suscriben el instrumento, concluyendo que si alguna de estas tiene la categoría de pública, automáticamente el contrato se identifica como estatal. Considerado lo anterior, en este apartado se dedicarán algunas líneas para la exposición de argumentos que denotan que, en el caso puntual de los contratos suscritos por patrimonios autónomos constituidos por recursos públicos, la estipulación exclusiva de un criterio subjetivo u orgánico puede resultar insuficiente para identificar la naturaleza jurídica de este tipo de contratos.

4.1. El criterio orgánico como determinante en la definición del contrato estatal

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere dicho estatuto, es decir, las públicas. De acuerdo con lo anterior, a través de esta norma se adoptó un criterio subjetivo u orgánico para la definición del contrato estatal, a partir del cual se concluye la existencia del mismo cuando alguna de las partes que lo suscribe es una entidad pública.

Al respecto, Fandiño Gallo⁶⁴ hace referencia a la participación de una entidad del Estado como un aspecto que caracteriza a los contratos estatales, indicando que por lo menos una de las partes intervinientes es el Estado o una entidad estatal, reconociendo que, en todo caso, existen tratamientos especiales para algunas entidades en cuanto a la aplicación del régimen jurídico aplicable a los contratos por estas suscritos.

De acuerdo con Benavides⁶⁵, el estatuto contractual de 1993 acoge la noción de *contrato estatal*, indicando en relación con el criterio orgánico, que el hecho de que una de las partes sea una entidad pública, además de ser un elemento necesario para la catalogación de un contrato como estatal, es un elemento suficiente, dado que, en principio, todos los contratos suscritos por este tipo de entidades son contratos estatales, con lo cual, “el criterio orgánico se manifiesta de dos maneras: por una parte, incluyendo a todas las entidades públicas contratantes, y por otra, incluye todos los contratos celebrados por estas”.

Para Cohecha León⁶⁶, en Colombia solamente existe la categoría de contratos estatales, los cuales se catalogan de dicha manera por la sola participación de un sujeto de derecho público como parte del contrato, sin importar la naturaleza de las prestaciones derivadas de este.

En cuanto a la jurisprudencia, el Consejo de Estado ha indicado en reiteradas oportunidades que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al definir el contrato estatal, acogió un criterio subjetivo u orgánico a partir de lo cual “hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participen de esa misma naturaleza”⁶⁷. No obstante, la jurisprudencia también ha sido clara en afirmar que en virtud de lo dispuesto en la norma del estatuto contractual, la definición de la naturaleza del contrato se aparta de cualquier juicio referente al régimen jurídico aplicable a la entidad que contrata y se centra en la naturaleza de la misma; de ahí que son contratos estatales los celebrados por entidades públicas, independientemente del régimen jurídico aplicable al contrato.

⁶⁴ FANDIÑO GALLO, Jorge Eliécer. Régimen jurídico del contrato estatal. Editorial Leyer, Bogotá. 2008. p. 35-36

⁶⁵ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 2004. p. 50.

⁶⁶ COHECHA LEÓN, Cesar Antonio. Teoría General del Contrato Estatal y régimen de declaración de siniestros. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá. 2016. p. 44

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Sentencia. Radicado 52001-23-33-1000-1999-0500-01(22507) del 21 de noviembre de 2012.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A, Sentencia. Radicado 11001-03-26-000-2019-00098-00(64244) del 3 de octubre de 2019.

Expuesto de esta forma el criterio subjetivo u orgánico, corresponde ahora presentar algunos argumentos que, en el caso de los contratos suscritos por patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos, demuestran que el criterio netamente organicista no es exclusivo para efectos de definir la categoría de contrato estatal.

4.2. La relación directa entre el contrato estatal y el interés general

A partir de la idea del interés general como un elemento que le da al régimen de la Administración Pública una razón finalista o teleológica⁶⁸, corresponde ahora exponer cómo se entiende este concepto en el marco de la actividad contractual del Estado.

Para la Corte Constitucional⁶⁹ el interés general constituye una finalidad directa de la contratación pública en el marco del Estado Social de Derecho, señalando además que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas (...)”⁷⁰. La Corte enfatiza que “la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa (...)”⁷¹.

En jurisprudencia posterior, tras advertir que el interés general se enmarca dentro de lo que la doctrina ha denominado como concepto jurídico indeterminado, la Corte Constitucional ha establecido que “la noción de interés público alcanza la concreción necesaria en aquellos bienes jurídicos de los cuales es titular el conglomerado social”⁷² y continúa asignándole a este concepto la calidad de “norte de la contratación pública”.

La jurisprudencia constitucional también ha destacado la relevancia del interés general en la contratación pública, no solo como la finalidad directa que ha de perseguirse con dicha actividad, sino como un principio superior que debe regir el ejercicio del legislador

⁶⁸ MONTAÑA PLATA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo 2 edición. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 158–162. De acuerdo con el autor, si bien el interés general no ofrece uniformidad teórica ni doctrinal, sí es una noción que le da fundamento tanto a la Administración Pública como al derecho administrativo, en ese sentido, estos conceptos cobrar relevancia en gran medida por su direccionamiento a la satisfacción del interés general.

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2009

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932 de 2007.

⁷¹ *Ibídem*.

⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-555 de 2013

en asuntos contractuales, así las cosas, el Alto Tribunal ha señalado que en el marco del Estado Social de Derecho, la función pública se encuentra al servicio del interés general, de ahí que al ser la contratación administrativa una forma de desarrollar la función pública, el ejercicio contractual también se encuentra al servicio de este principio superior, de lo cual se concluye además que la potestad del legislador en la mencionada materia, tampoco es ilimitada, sino que se encuentra supeditada a la satisfacción del interés general⁷³.

De acuerdo con lo anterior, a la luz de una interpretación constitucional ningún aspecto relacionado con la actividad contractual del Estado puede ser entendido de una forma que descuide o no tenga como objetivo la realización del interés general; así mismo, si la función del legislador en materia contractual se encuentra limitada por dicho principio, ningún precepto normativo que regule la contratación administrativa incluido aquel que determina el criterio para asignar a un contrato la calidad de estatal, puede ser interpretado de manera tal que interponga obstáculos entre la relación directa que debe existir entre contratación del Estado e interés general.

En este sentido, si las entidades públicas solo pueden celebrar y ejecutar contratos de fiducia mercantil teniendo como fin la satisfacción del interés general y además la actividad contractual del Estado encuentra su razón de ser a partir de este mismo criterio, mal podría afirmarse que los contratos suscritos por los patrimonios autónomos objeto de estudio no son estatales, cuando es claro que estos se justifican, celebran y ejecutan a partir de la necesidad de satisfacer el interés general.

4.3. El patrimonio autónomo y el fiduciario como receptores de las limitaciones y restricciones de la entidad pública fideicomitente

Como ya fue mencionado, la determinación de la fiducia mercantil como un negocio jurídico permitido de manera general para las entidades públicas no fue incluida dentro del proyecto que finalmente derivara en la expedición de la Ley 80 de 1993. Según Rengifo García⁷⁴, en su momento mediaron diversos argumentos esgrimidos por la Contraloría General de la República en un concepto del año 1988, de acuerdo con los cuales permitir este tipo de negocios contrariaba el orden constitucional y legal.

⁷³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-207 de 2019

⁷⁴ RENGIFO GARCÍA. Op. Cit., p. 243.

Dentro de lo expuesto por el órgano de control se destaca lo siguiente: la utilización de la fiducia mercantil por parte de entidades públicas permitía que estas eludieran la ejecución de los planes y programas a ellas asignadas; a su vez, el mecanismo podría entenderse como una vía para la extralimitación de las funciones de los servidores públicos que le estarían dando el tratamiento de privados a los recursos transferidos. Finalmente, la Contraloría sostuvo que este tipo de negocios contrariaban los alcances que a las entidades públicas les asignaba el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, ya que le daban a la fiduciaria la calidad de ejecutor del presupuesto, propia de los organismos públicos.

Ahora bien, estos reparos que en su momento manifestó la Contraloría General de la República han de servir para orientar la discusión con respecto al alcance que tiene el fiduciario en los negocios que por vía de excepción le han sido autorizados a algunas entidades públicas, ya que, en todo caso, son las respuestas a estas inquietudes las que terminan definiendo la forma en que debe entenderse el rol del fiduciario y del patrimonio autónomo en el marco del negocio.

Con respecto a la desviación de las funciones asociadas a planes y programas propios de las entidades públicas, puede afirmarse que las normas que han permitido la utilización del mecanismo de la fiducia mercantil en el escenario de lo público han limitado su uso al cumplimiento de las funciones asignadas a la respectiva entidad, tal y como puede percatarse en el análisis efectuado en el numeral 1.3 de este trabajo.

De esta manera, se puede identificar una primera restricción a la que deben someterse las partes de la fiducia mercantil, esto es, que sus actuaciones solo pueden estar encaminadas al cumplimiento de las funciones asignadas a la entidad pública.

De hecho, existen casos como el del artículo 6 de la Ley 1537 de 2012 en el que la ley habilitante establece con detalle los recursos que pueden ser manejados a través del negocio fiduciario, imponiendo así una mayor restricción, ya que la entidad a la que está dirigida la norma no puede hacer uso del patrimonio autónomo para el cumplimiento de todas las funciones que le han sido asignadas, sino solamente en relación con aquellas expresamente determinadas por la ley habilitante.

De acuerdo con lo anterior, el patrimonio autónomo recibe de la entidad pública el marco de las funciones y objetivos que constitucional y legalmente le han sido asignados, como elemento delimitante de la actuación del fiduciario en su rol de vocero del fideicomiso, con lo cual se puede afirmar que la actividad contractual del patrimonio autónomo se encuentra directamente ligada al marco normativo de derecho público que rige la actuación de la entidad fideicomitente.

Con respecto al argumento relacionado con la naturaleza de los recursos entregados bajo la figura de fideicomiso, encontramos que tal y como quedó planteado en el capítulo 3, estos no pueden ser tratados como privados por la sola transferencia al patrimonio autónomo. En ese sentido, al mantener su calidad de públicos la entidad fideicomitente mantiene el rol de gestión fiscal sobre los mismos e inclusive se amplía el mismo al fiduciario.

Finalmente, en cuanto al traslado de las competencias en materia de ejecución del presupuesto, podemos afirmar que si bien existe una separación patrimonial y el manejo del recurso se realiza a través del vehículo fiduciario, la entidad pública en su calidad de fideicomitente nunca pierde las funciones relacionadas con el manejo del recurso.

Lo anterior se verifica porque las leyes habilitantes analizadas no otorgan dicha autorización, ni podrían hacerlo, en tanto una disposición en ese sentido resultaría contrario al artículo 209 constitucional, y finalmente porque, en un aspecto material, los contratos de fiducia mercantil⁷⁵ incluyen como derechos de las entidades fideicomitentes la posibilidad de dar instrucciones sobre el manejo operativo y financiero del fideicomiso, bien sea directamente o a través de órganos colegiados.

De acuerdo con lo anterior, las sociedades fiduciarias no se encuentran habilitadas legal ni contractualmente para apartarse del cumplimiento de las funciones públicas, ni para

⁷⁵ Como ejemplo se pueden relacionar los siguientes contratos:

Contrato de fiducia mercantil N.º 491 de 2013 celebrado entre FONVIVIENDA y las Cajas de Compensación Familiar con Fidubogotá, establece en el numeral 0.1.6.1 la conformación de un comité fiduciario como máximo órgano de decisión del fideicomiso, compuesto según el numeral 8.1.1. por representantes de los fideicomitentes y uno de la fiduciaria con voz pero sin voto. <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProcesoPTE.do?numCompromiso=916&subEntidad=40-02-00>

Contrato de fiducia mercantil N.º 661 de 2018 celebrado entre Colciencias y Fiduprevisora, contempla en la cláusula 6.2 como derecho del fideicomitente: “instruir a la fiduciaria acerca de los pagos y contratos o convenios que se le autoriza a celebrar para la realización de la finalidad del FONDO (...)”. <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

Contrato de fiducia mercantil N.º 066 de 2018 celebrado entre la Unidad de Planeación Minero Energética y Fiduciaria de Occidente, en su cláusula décima quinta establece la conformación de un comité operativo a cargo de los aspectos operativos y financieros del fideicomiso conformado por tres funcionarios de la UPME y dos de la fiduciaria con voz pero sin voto. <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CC>

utilizar la transferencia de bienes como un mecanismo para mutar la naturaleza pública de los recursos asignados a las entidades públicas y tampoco para fungir como receptoras exclusivas de las funciones asignadas constitucional y legalmente a las autoridades administrativas. Por el contrario, estas, en su calidad de contratistas, actúan como colaboradoras de la administración y en su gestión, incluida la relacionada con la actividad contractual, deben observar y aplicar el marco normativo que regula y delimita la actuación de su fideicomitente público.

Finalmente, vale la pena retomar lo establecido en el párrafo del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, ya que el mismo concreta la idea general de este punto en tanto prohíbe que el negocio fiduciario sea utilizado como una vía para adelantar actos o contratos que no puedan ser llevados a cabo directamente por el fideicomitente.

En nuestro criterio, esta disposición contiene el sustento normativo de lo que hemos denominado la transferencia de las limitaciones de las entidades públicas al fiduciario y al patrimonio autónomo. Esto, por cuanto su gestión debe sujetarse a lo que el ordenamiento jurídico le permita ejecutar, tanto a la respectiva entidad pública fideicomitente como a los servidores públicos que intervengan en el negocio.

En concreto, con la aplicación del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 a los contratos de fiducia mercantil celebrados por entidades públicas, es posible concluir que si están autorizadas únicamente para la celebración de contratos estatales en virtud de su naturaleza, los contratos que celebre un patrimonio autónomo constituido con recursos por estas transferidos, necesariamente, tendrán que conservar dicha naturaleza, incluso cuando en estricto sentido no son suscritos por una entidad estatal.

4.4. La necesidad de superar la rigidez criterio orgánico

Las consideraciones efectuadas en los puntos anteriores fortalecen la necesidad de reconocer la posibilidad de llegar a la categoría del contrato estatal no solo a través del criterio orgánico, porque, entre otras, constitucionalmente lo que parece tener un mayor peso en la tarea de categorización del contrato es el fin de interés público que justifica su suscripción y no la naturaleza jurídica de la entidad que lo suscribe, que como se puede percatar en el caso de los patrimonios autónomos, puede no ser en estricto sentido una entidad pública e incluso carecer de personalidad jurídica y, aun así, recibir en plenitud los objetivos y funciones del fideicomitente público.

De hecho, podría decirse que la presencia de la entidad pública como criterio determinante para categorizar un contrato como estatal, así como lo sugiere el criterio orgánico, se explica justamente porque a dichas entidades les corresponde actuar como garantes del interés general; de ahí que la verificación de la naturaleza pública de la entidad contratante como elemento para definir la calidad estatal del contrato se encuentra antecedida por la necesidad de verificar la presencia del interés general como guía de los fines perseguidos con el respectivo contrato.

En relación con lo anterior, vale la pena citar a Jojoa Bolaños⁷⁶, quien se refiere a la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 para indicar que la creación de la categoría de contrato estatal a través de la expedición de esta norma se basó en la idea de la presencia del interés general siempre que en estos contratos participara el Estado, así como en el compromiso de recursos públicos por parte de entidades estatales.

De acuerdo con esta idea, es posible afirmar que una interpretación correcta del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 debe considerar la presencia del interés general buscado con la celebración del respectivo contrato, así como la calidad de los recursos que se comprometen en el mismo para efectos de determinar la naturaleza jurídica del instrumento, lo cual debe hacerse más allá de un análisis que solamente verifique la presencia o no de una entidad pública como parte contratante.

Sobre este asunto, hemos encontrado una referencia jurisprudencial⁷⁷ que puede dar luces sobre nuestro planteamiento. En cierta ocasión el Consejo de Estado consideró que los contratos de seguro suscritos para amparar el cumplimiento de contratos estatales gozaban de esta misma categoría, en tanto mediaba la aprobación de la garantía por parte de la entidad pública participante del contrato amparado, lo cual fue suficiente para concluir su participación en el negocio jurídico de seguro.

Adicional a lo anterior, consideró el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo que la categoría de contrato estatal no podía “reducirse a los contratos de que se ocupa específicamente la Ley 80 (artículo 32) o en cuya celebración participa una de las entidades que ese estatuto contractual define como estatales (artículo 2) (...)”, indicando además como uno de los argumentos para determinar la calidad de estatal de los contratos de seguro el hecho de que al ser celebrados para garantizar el cumplimiento de contratos estatales, ambos comparten la finalidad de servir a los mismos intereses

⁷⁶ JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los Contratos Estatales, Grupo Editorial Ibañez. 2014. p. 67 y 68

⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia. Radicado 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867) del 30 de enero de 2008

generales, con lo cual se confirma la prevalencia de dicho criterio a efectos de determinar la naturaleza jurídica de los contratos.

En conclusión, si bien el criterio orgánico ofrece una vía certera para la identificación de los contratos del Estado, no es posible asegurar que su aplicación irrestricta sea capaz de identificar a la totalidad de estos instrumentos, por lo tanto, en otros casos, como es precisamente el de los contratos suscritos por patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos, es necesario acudir a un criterio material que considere no solamente la naturaleza jurídica de esos bienes, sino en el caso específico de la fiducia mercantil, su carácter instrumental, su afectación a la satisfacción del interés general y su nexo inescindible con las facultades y restricciones propias de las entidades públicas fideicomitentes.

CONCLUSIONES

Presentados de esta forma los argumentos que confirman la definición de los contratos suscritos por patrimonios autónomos constituidos a partir de la celebración de negocios de fiducia mercantil con fideicomitentes públicos como contratos estatales, es preciso finalizar este trabajo con algunas conclusiones al respecto.

1. Las normas con rango de ley que contemplan excepciones a la prohibición general de celebración de contratos de fiducia mercantil no cuentan en términos generales con una justificación clara sobre los objetivos y motivaciones perseguidos por el legislador, sin perjuicio de lo cual se puede identificar la necesidad de focalización de recursos y el flujo menos restrictivo de los mismos, como la orientación que el legislador ha utilizado para la autorización de la utilización de la figura.
2. La capacidad contractual de los patrimonios autónomos originados a partir de la celebración de contratos de fiducia mercantil por parte de entidades públicas no se encuentra asociada a la personería jurídica; por el contrario, este atributo se percata como un desarrollo del carácter instrumental del negocio fiduciario, se asocia a cada una de las leyes que le otorgan la facultad a las entidades públicas de utilizar el negocio fiduciario como un mecanismo para el cumplimiento de sus funciones y finalmente se integra a la capacidad que la ley comercial le otorga al fiduciario para actuar en calidad de vocero del patrimonio autónomo.
3. Los recursos públicos con los que se conforman los patrimonios autónomos cuando el fideicomitente es una entidad pública mantienen dicha calidad, pese a que estos dejan de hacer parte del patrimonio de la respectiva entidad, pues en virtud de la instrumentalidad del negocio fiduciario se mantienen vinculados a los fines y funciones públicas que la ley le ha asignado a quien los entrega en fideicomiso.

Esta conclusión se reafirma con el alcance amplio del control fiscal a los recursos así administrados, en donde incluso ha llegado a asignarse al fiduciario la calidad de gestor fiscal.

4. Dadas las particularidades del contrato de fiducia mercantil, la capacidad contractual del patrimonio autónomo, determinada entre otras cosas por su afectación al cumplimiento de fines públicos, la permanencia del carácter público de los recursos fideicomitidos y el nexo directo entre contrato estatal e interés general, es posible asegurar que la caracterización de estatales otorgada a los contratos suscritos por patrimonios autónomos escapa a una interpretación rígida del criterio orgánico, según la cual solo pueden identificarse como estatales, aquellos contratos que sean suscritos por entidades que gocen de esa misma calidad.

5. En atención a estas las conclusiones, surgen algunos asuntos relevantes sobre los que podría tener incidencia la naturaleza pública de los contratos suscritos por los patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos y que por tanto convendría acometer su estudio:

(i) En primer lugar, el régimen jurídico que se aplica al proceso de contratación que llevan a cabo los patrimonios autónomos; esto, porque al conservar estos las mismas restricciones y condiciones que tienen por regla general las entidades fideicomitentes y al ser considerados los contratos resultantes de ese proceso como estatales, es posible considerar que estos patrimonios autónomos deben adelantar sus procesos de contratación de manera general, con arreglo a las disposiciones del estatuto general de contratación pública.

(ii) En segundo lugar, la facultad de pactar cláusulas exorbitantes en ellos, así como la posibilidad del fideicomitente público y del fiduciario, en su rol de vocero del patrimonio autónomo, de alegar en determinados casos que dichas cláusulas exorbitantes se entiendan incluidas, aun si no se hubiesen pactado de forma expresa.

(iii) Un asunto adicional susceptible de ser mencionado en este aparte es el alcance del arbitraje en equidad como mecanismo alternativo de solución de conflictos surgidos con ocasión de la celebración de contratos por parte de los referidos patrimonios autónomos, considerando que el inciso cuarto del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 establece que, tratándose de contratos estatales, las controversias que surjan a partir de su celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación solo podrán decidirse a través de laudos que se profieran en derecho, a lo cual se suma la disposición del numeral 7 del artículo 41 de la misma ley, que establece como causal de anulación de los laudos arbitrales que estos se hubiesen fallado en equidad, debiendo ser en derecho.

(iv) Un último tema que puede ser desarrollado partiendo de las conclusiones aquí expuestas, es el que tiene que ver con la jurisdicción aplicable para la solución de controversias derivadas de los contratos que han sido objeto de nuestro análisis, en orden de determinar si la competente es la jurisdicción contencioso administrativa y, de serlo, si dicha competencia se activa a partir de la definición de contrato estatal sustentada en este documento⁷⁸.

⁷⁸ De acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 “el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2004.

COHECHA LEÓN, Cesar Antonio. Teoría General del Contrato Estatal y régimen de declaración de siniestros. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá. 2016.

COLCIENCIAS. Contrato de Fiducia Mercantil 661. [En línea]. Disponible en Internet: URL:
https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/contrato_no._661_de_2018.pdf

COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Ley 061 de 2001. Gaceta del Congreso N.º 391 del 15 de agosto de 2001.

—. Proyecto de Ley 061 de 2001. Gaceta del Congreso N.º 553 del 23 de octubre de 2001.

—. Proyecto de Ley 028 de 2007. Gaceta del Congreso N.º 340 del 24 de julio de 2007.

—. Proyecto de Ley 118 de 2007. Gaceta del Congreso N.º 434 del 7 de septiembre de 2007.

—. Proyecto de Ley 223 de 2012. Gaceta del Congreso N.º 180 del 26 de abril de 2012.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia. Radicado 25000-23-41-000-2014-00058 01 del 15 de septiembre de 2016.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia. Radicado 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996) del 13 de febrero de 2013.

—. Sentencia. Radicado 68001-23-33-000-2014-00730-01(55080) del 13 de julio de 2016.

—. Sentencia. Radicado 25000-23-26-000-1997-13930-01 del 25 de septiembre de 2013.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Sentencia. Radicado 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867) del 30 de enero de 2008.

—. Sentencia. Radicado 52001-23-33-1000-1999-0500-01(22507) del 21 de noviembre de 2012.

—. Sentencia. Radicado 11001-03-26-000-2019-00098-00(64244) del 3 de octubre de 2019.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. DESCONGESTIÓN. Sentencia. Radicado 25000-23-24-000-2005-00195-01 del 1° de marzo de 2018.

COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Auto 275 del 9 de octubre de 2017.

—. Fallo de responsabilidad fiscal número 1348 del 10 de agosto de 2017.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992.

—. Sentencia C-1191 de 2000.

—. Sentencia C-949 de 2001.

—. Sentencia C-932 de 2007.

—. Sentencia C-713 de 2009.

—. Sentencia C-967 de 2012.

—. Sentencia C-555 de 2013.

—. Sentencia C-103 de 2015.

—. Sentencia C-470 de 2017.

—. Sentencia C-207 de 2019

COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 127 de 1992. Gaceta del Congreso N.º 50 del 2 de septiembre de 1992.

—. Proyecto de Ley 127 de 1992. Gaceta del Congreso N.º 135 del 18 de mayo de 1993.

—. Proyecto de Ley 127 de 1992. Gaceta del Congreso N.º 320 del 14 de septiembre de 1993.

—. Proyecto de Ley 127 de 1993. Gaceta del Congreso N.º 465 del 16 de diciembre de 1993.

—. Proyecto de Ley 52 de 1995. Gaceta del Congreso N.º 232 del 10 de agosto de 1995.

—. Proyecto de Ley 52 de 1995. Gaceta del Congreso N.º 337 del 22 de agosto de 1996.

—. Proyecto de Ley N.º 83 de 2008. Gaceta del Congreso N.º 502 del 5 de agosto de 2008.

—. Proyecto de Ley N.º 132 de 2008. Gaceta del Congreso N.º 775 del 10 de noviembre de 2008.

—. Proyecto de Ley N.º 83 de 2008. Gaceta del Congreso N.º 439 del 5 de junio de 2009.

—. Proyecto de Ley 166 de 2012. Gaceta del Congreso N.º 821 del 21 de noviembre de 2012.

—. Proyecto de Ley 166. Gaceta del Congreso N.º 932 del 19 de noviembre de 2013.

FANDIÑO GALLO, Jorge Eliécer. Régimen jurídico del contrato estatal. Editorial Leyer. Bogotá. 2008.

FIDUCIAL MERCANTIL UPME. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=C01.NTC.595026&isFromPublicArea=True&isModal=False>

FONVIVIENDA-FONDO NACIONAL DE VIVIENDA. Detalle del Proceso Número: 302 DE 2012. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9859086>

—. Detalle del Proceso Número: 491 DE 2013. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9885240>

—. Detalle del Proceso Número: 325 DE 2015. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9896075>

—. Detalle del Proceso Número: 421 DE 2015. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9905167>

—. Detalle del Proceso Número: 006 DEL 2018. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-4-9841155>

GÓMEZ LEE, Iván Darío. Control fiscal y la gestión de las entidades fiduciarias. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

INVÍAS. Manual de contratación derivada versión 3 del patrimonio autónomo. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://ansv.gov.co/public/uploads/ManualInversionv3.pdf>

JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los Contratos Estatales. Grupo Editorial Ibáñez. 2014.

MINMINAS. Contrato de fiducia mercantil. Disponible en Internet: URL: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/650252/Contrato+GGC-312-+LA+FIDUCIARIA+DE+OCCIDENTE+S.A..pdf/64a665ce-5ce7-4989-90a1-f60596a9b436>

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Carta entrega de contrato de Fiducia Mercantil al consorcio FIA. [En línea]. Disponible en internet: URL: <https://www.consorciofia.com/files/CONTRATO%20FIDUCIA%201109.pdf>

MONTAÑA PLATA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo, 2 edición. Universidad Externado de Colombia. 2005.

RENGIFO GARCÍA. La Fiducia Mercantil y Pública. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2012.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios, Su significación en América Latina. Segunda Edición. Legis. Bogotá. 2017.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Circular Básica Jurídica. Capítulo I, Título II, Parte II.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. Centro de conciliación, arbitraje y amigable composición de la Asociación de Ingenieros del Valle. Laudo Arbitral del 7 de julio de 2017.

UPME. Manual de contratación [En línea]. Disponible en Internet: URL: https://www1.upme.gov.co/Entornoinstitucional/Contratacion/Documents/Manual_Contratacion_372_2018.pdf