



SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 10.11.2021 11:54:33
Al Contestar Cite este Nr: 2021EE244899O1 Fol: 1 Anex: 0
ORIGEN:DESPACHO DIR. JURIDICA / MANUEL DUGLAS RAUL AVILA OLARTE
DESTINO:SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD / MANUEL ALFREDO GONZALEZ MAYORGA / MANUEL ALFREDO GONZALEZ MAYORGA
ASUNTO: CONCEPTO JURIDICO FIDUCIA MERCANTIL sec salud y patrimonio cultural
OBS:

Bogotá, D.C.



Doctor
MANUEL ALFREDO GONZALEZ MAYORGA
Secretario de Despacho (E)
Secretaría Distrital de Salud
ma1gonzalez@saludcapital.gov.co
rabru@saludcapital.gov.co
NIT 899999061
KR 32 N° 12 81
Ciudad

CONCEPTO

Referencia	No 2021ER139144O1
Descriptor general	Contratación
Descriptores especiales	Fiducia Mercantil. Competencia de las entidades distritales para celebrar este contrato.
Problema jurídico	¿El Fondo Financiero Distrital de Salud y el Instituto Distrital de Patrimonio Cultural tienen capacidad legal para celebrar contratos de fiducia mercantil o asumir la posición activa de fideicomitente en ese tipo de contratos, como resultado de la cesión de esa posición jurídica, en especial, cuando los mismos son suscritos por entidades estatales facultadas para suscribirlos para la ejecución de proyectos urbanísticos?.
Fuentes formales	Ley 80 de 1993 Ley 388 de 1997, modificada por la Ley 2079 de 2021 Sentencia Corte Constitucional C-086 de 1995 Consejo de Estado: Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 1074 de 1998. Consejo de Estado: Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado no. 1502 del 4 de julio de 2003.

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

Refiere el consultante que la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá D.C., en adelante ERU, en calidad de fideicomitente, suscribió con la Fiduciaria Colpatria S.A., contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, inversión y pago, en virtud del cual se constituyó el "*Patrimonio Autónomo Matriz Proyectos ERU*", con la finalidad, entre otras, de celebrar contratos de fiducia mercantil derivados para

1
35.F.01
V.10

www.shd.gov.co

Carrera 30 N° 25-90 Bogotá D.C. Código Postal 111311
PBX: +57(1) 338 50 00 - Información: Línea 195
NIT 899.999.061-9



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARIA DE HACIENDA



efectos de la ejecución de proyectos o componentes de proyectos de renovación urbana a cargo de la entidad.

En ejecución de dicho contrato matriz, la ERU celebró el 22 de enero de 2015, con la misma Fiduciaria, el contrato de fiducia inmobiliaria de tesorería y fuentes de pago y otros accesorios al contrato inicial, mediante el cual se constituyó el "Patrimonio Autónomo FC — Derivado San Juan de Dios — ERU" para el manejo y administración de los recursos del Complejo Hospitalario San Juan de Dios, en adelante CHSJD, y del Instituto Materno Infantil de Bogotá, en adelante IMI.

El contrato mencionado se basa en la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario, o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto y la modalidad con la que se cuenta es la de Fiducia Inmobiliaria de tesorería, la cual tiene como propósito encargar a la sociedad fiduciaria de la inversión y administración de los recursos destinados a la ejecución del proyecto del CHSJD y el IMI, conforme lo establecido en el respectivo contrato fiduciario sin la transferencia de la propiedad.

De acuerdo con lo anterior y en aras de avanzar en la transferencia del CHSJD y el IMI, el consultante solicita concepto en cuanto a la competencia legal del Fondo Financiero Distrital de Salud, en adelante FFDS, para llevar a cabo contratos de fiducia mercantil. Para el efecto, de manera específica, solicita concepto acerca de si ¿puede el Fondo Financiero Distrital de Salud constituirse como fideicomitente aportante al Patrimonio Autónomo FC — Derivado San Juan de Dios — ERU para el manejo y administración de los recursos del Complejo Hospitalario San Juan de Dios y del Instituto Materno Infantil de Bogotá ya constituido?

Para este efecto, el consultante procede a realizar unas consideraciones respecto al escenario de transferencia de los predios correspondientes al Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil.

Así mismo, procede a realizar un análisis sobre la naturaleza jurídica del Fondo Financiero Distrital de Salud, los contratos de encargo fiduciario, contrato de fiducia mercantil, ejecución de intervención urbanística y termina con la posición frente a la competencia del Fondo Financiero Distrital de Salud para suscribir contratos de fiducia mercantil donde señala que, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del FFDS, este no tiene la capacidad Jurica para celebrar contratos de Fiducia mercantil.

Posteriormente, el 22 de octubre de 2021, el Subsecretario Corporativo de la Secretaría Distrital de Salud dio alcance a la solicitud de concepto inicial, en el sentido de precisar si el Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, en adelante IDPC, dispone de competencia legal para suscribir contratos de fiducia mercantil. Para el efecto, de manera específica, solicita concepto acerca de si ¿*El Instituto Distrital de Patrimonio*

2

35.F.01
V.10

www.shd.gov.co

Carrera 30 N° 25-90 Bogotá D.C. Código Postal 111311

PBX: +57(1) 338 50 00 - Información: Línea 195

NIT 899.999.061-9



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

Cultural puede constituirse como fideicomitente aportante al Patrimonio Autónomo FC – Derivado San Juan de Dios – ERU para el manejo y administración de los recursos del Complejo Hospitalario San Juan de Dios y del Instituto Materno Infantil de Bogotá ya constituido?

Así mismo, plantea un escenario de transferencia de los predios correspondientes al Hospital San Juan de Dios e Instituto Materno Infantil, y menciona la naturaleza jurídica del Instituto Distrital de Patrimonio Cultural – IDPC.

Termina planteando las siguientes inquietudes:

1. *¿El IDPC puede constituirse como fideicomitente aportante al Patrimonio Autónomo FC – Derivado San Juan de Dios – ERU conformado para el manejo y administración de los recursos del CHSJD y del IMI?*
2. *¿El FFDS puede constituirse como fideicomitente aportante al Patrimonio Autónomo FC – Derivado San Juan de Dios – ERU conformado para el manejo y administración de los recursos del CHSJD y del IMI?*
3. *¿El FFDS dispone de autorización y/o competencia legal para participar en una Fiducia mercantil?*
4. *¿El IDPC dispone de la autorización y/ o competencia legal para participar en una Fiducia mercantil?*
5. *¿Puede la ERU realizar la cesión de la Fiducia Mercantil al FFDS y al mismo ser el cesionario en el contrato de fiducia enviado en la solicitud inicial de concepto?*
6. *¿Puede la ERU realizar la cesión de la Fiducia Mercantil al IDPC de conformidad con el contrato de fiducia enviado en la solicitud inicial de concepto?*

CONSIDERACIONES

Se precisa que es función de la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda establecer las directrices para fomentar la unidad doctrinal en la aplicación e interpretación de normas relacionadas con la Hacienda Pública, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico vigente, de conformidad con lo establecido en los artículos 69 y 72 del Decreto Distrital 601 de 2014.¹

¹ “Por el cual se modifica la estructura interna y funcional de la Secretaría Distrital de Hacienda, y se dictan otras disposiciones”

Por esta razón, le corresponde absolver consultas, emitir conceptos jurídicos y prestar asistencia jurídica en asuntos relacionados con temas de tesorería, presupuesto, tributos, contabilidad, crédito público, cobro y asuntos jurídico-administrativos de la entidad.

Como quiera que el asunto consultado por la Secretaría Distrital de Salud está dirigido a establecer la facultad contractual de una entidad pública, es fundamental referirse al marco, legal y normativo vigente, esto es, la Ley 80 de 1993.

1. Marco legal de la Fiducia Pública, encargo fiduciario y fiducia mercantil.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 plantea tres reglas fundamentales de la contratación pública, en lo relacionado con los tipos de contrato que pueden celebrar las entidades estatales. Por un lado, este artículo establece que los contratos previstos en el articulado son descritos a nivel enunciativo, es decir, que los contratos estatales que pueden celebrar las entidades estatales no son únicamente los señalados en el artículo 32.

En segundo lugar, establece el artículo 32 que los contratos estatales pueden surgir del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las entidades estatales.

Finalmente, y para los efectos de este concepto, es relevante subrayar que los contratos que pueden celebrar las entidades estatales pueden estar previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales. Esta es una tercera regla expresa, dispuesta en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1o. Contrato de Obra.

(...) 2o. Contrato de Consultoría.

(...) 3o. Contrato de Prestación de Servicios.

(...) 4o. Contrato de Concesión.

5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales

entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

<Inciso modificado por el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la

entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012>

Esta regla de competencia contractual es reiterada en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

“ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.” (Resaltado fuera del texto)

A esta misma conclusión arriba la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 1995, al declarar la exequibilidad parcial del artículo 32 (de la Ley 80 de 1993, en los apartes en que este fue demandado.

“Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de



Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993.

Por las razones expuestas, esta Corporación encuentra que el hecho de que el contrato de que trata el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, denominado "encargo fiduciario y fiducia pública", contenga disposiciones que desconocen los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil o que resultan poco prácticas al momento de contratar con el Estado, no significa que se haya vulnerado disposición constitucional alguna. (Resaltado fuera del texto)

Esta conclusión es reforzada, además, porque en el análisis de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional, no revisa la constitucionalidad de los elementos del contrato de fiducia mercantil, pues estos no se encontraban demandados.

Así las cosas, de conformidad con las razones expuestas por la Corte Constitucional en el citado fallo, se puede evidenciar que se constituyen como contrato estatal, no solamente aquellos contratos que se contemplan a título enunciativo en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sino que también se constituyen como contratos estatales, todos aquellos que estén previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En este sentido, las entidades públicas no solamente pueden celebrar los contratos que se relacionan en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, entre ellos los de fiducia pública y encargos fiduciarios como un contrato autónomo, sino que también se encuentran habilitadas para celebrar contratos de fiducia mercantil, en los términos previstos en el Código de Comercio y demás normatividad de derecho privado complementaria.

Debe señalarse que el mismo fallo de la Corte Constitucional es explícito, en el marco de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el sentido de considerar que las entidades estatales sí pueden celebrar contratos de fiducia mercantil.

No sobra advertir, así parezca obvio, que este artículo 32, sobre el cual la Corte Constitucional realizó el análisis de exequibilidad parcial, se encuentra vigente. Al respecto es fundamental señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 243 de la Constitución Política de Colombia, los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. De hecho, la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la cosa juzgada constitucional tiene mayor fuerza que la cosa juzgada ordinaria.

"(...) Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación ha señalado que la categoría de cosa juzgada constitucional es una figura jurídica procesal a través de la cual se define la fuerza vinculante de las decisiones adoptadas en sentencias de





constitucionalidad como inmutables, vinculantes y definitivas (Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis)

Esta institución se fundamenta en el contenido del artículo 243 Superior, según el cual (i) el juez constitucional no puede volver a conocer de un asunto que ya resolvió y decidió y, (ii) ninguna autoridad puede reproducir el contenido material de un acto declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las disposiciones que originaron dicha decisión (ibídem).

La categoría de la cosa juzgada constitucional tiene por finalidad asegurar la integridad y supremacía de la Constitución y además, la realización efectiva de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima; en definitiva, evidenciar la consistencia de sus fallos con decisiones adoptadas anteriormente (...) ¹²

De lo expuesto hasta este aparte, se concluye que, desde el punto de vista legal, y desde el punto de vista de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las entidades estatales sí tienen competencia para celebrar contratos de fiducia mercantil, en el marco de lo dispuesto por el derecho privado.

Sin perjuicio de lo anterior, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha fijado una posición diferente, cuando las entidades estatales han formulado consulta respecto a la posibilidad de celebrar contratos de fiducia mercantil para el manejo de recursos públicos.

La posición del Consejo de Estado se sustenta en que con la expedición de la Ley 80 de 1993 se pretendía restringir el uso de la figura de la fiducia mercantil en la contratación por parte de las entidades a la luz del Decreto Ley 222 de 1983, derogado casi en su integridad por la Ley 80 de 1993.

Para el concepto de la Sala de Consulta, Ley 80 de 1993 creó estas dos figuras de fiducia, el encargo fiduciario y la fiducia pública, y concluye de esta forma que la utilización de la fiducia mercantil por parte de las entidades públicas debe ser excepcional y estar previamente autorizada por la Ley.

Así lo expresa la Sala de Consulta, ³ a propósito de la consulta elevada por el Ministerio del Interior sobre el manejo de recursos del Fondo Nacional para la Atención de los Desplazados por la Violencia.

“Este fue uno de los planteamientos de la Corte Constitucional cuando, en la sentencia C-086 del 1º de marzo de 1995, analizó el numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y determinó la inexecutable del inciso primero de ese numeral, que disponía:

² Corte Constitucional, Sentencia C-687 de 2014, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ Consejo de Estado, Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado 10741998 de 1998,

"Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública cuando así lo autorice la ley, la asamblea departamental o el concejo municipal, según el caso".

La sentencia antes citada, al retirar del ordenamiento jurídico todo el texto del inciso indicado, particularmente la parte de la frase que establecía: "Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública" suscitó la duda sobre si quedó o no excluida la fiducia mercantil de los contratos que pueden celebrar las entidades estatales, que es precisamente lo que ahora plantea la consulta. En la sentencia la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

"El Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5º del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada ley 80 de 1993" (Lo resaltado no es del original).

No obstante lo expresado por la Corte Constitucional, para la Sala la primera parte del texto del inciso 1º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, aunque declarado inexecutable, sí indica que el espíritu de la ley era limitar la contratación de las entidades estatales a sólo dos figuras fiduciarias : la fiducia pública y el encargo fiduciario. Esta apreciación la refuerza el inciso 8º de la misma norma, por cuanto al expresar : "La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley ¿", y un poco más adelante, en la parte final : "A la fiducia pública le será aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley", indica en forma nítida que el contrato de fiducia a que se refiere es a la pública y no a la mercantil. Por consiguiente no autorizó dicha ley la fiducia mercantil con aplicación de las normas de la ley 80, sino al revés, la fiducia pública con aplicación de las compatibles del Código de Comercio.

Tanto la historia de la ley 80 de 1993, como su posterior reglamentación, en lo que concierne a los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia (decreto 679 de 1994, art. 22), conducen a una conclusión similar a la expresada. Sin embargo, para casos especiales la ley puede autorizar la celebración por entidades estatales de la fiducia mercantil. La propia ley 80 de 1993 en su artículo 41 parágrafo 2º inciso 2º consigna la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para el desarrollo de procesos de

titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales. Así mismo, la ley 101 de 1993, artículo 30, prevé la posibilidad de un contrato especial de fiducia para administrar un fondo de contribuciones parafiscales agropecuarias y la ley 143 de 1994, artículo 13, en forma expresa establece que la Unidad de Planeación Minero-Energética de que trata el artículo 12 del decreto 2119 de 1992 manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil.”

En relación con el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, debe mencionarse que, a la luz de lo establecido en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 137 de 1996, este pronunciamiento es un concepto que tiene como objeto resolver las dudas que tengan las autoridades que consultan, pero no es equiparable, por las razones mencionadas, a las decisiones judiciales, proferidas por la Corte Constitucional.

*“ARTÍCULO 38. DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:
1. Absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional.”*

En este sentido, como ya se ha mencionado, las entidades estatales deben ajustarse contractualmente a lo establecido en los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, y a la Sentencia C-086 de 1995, proferida por la Corte Constitucional.

De otra parte, la Sala de Consulta fundamenta su argumentación en el inciso primero del numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para desprender del mismo la intención del legislador de restringir los tipos de contratos de fiducia a celebrar por parte de las entidades estatales, esto es, la fiducia pública y el encargo fiduciario.

Dos aspectos deben resaltarse. Por un lado, este inciso primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 fue justamente declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Por el otro, como ya se ha mencionado, el inciso primero del artículo 32 permite soportar una conclusión diferente a la planteada en el concepto, por tres razones diferentes, ya explicadas.

Por un lado, el carácter enunciativo de los tipos contractuales previstos en la Ley 80 de 1993, la autonomía de la voluntad y la remisión expresa a las reglas del derecho privado.

Finalmente, es procedente mencionar que el régimen jurídico de la fiducia mercantil se encuentra establecido en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio.

“ARTÍCULO 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a

administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

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

A este régimen están sujetas las entidades públicas que celebren este tipo de contratos, el cual se encuentra justamente normado en sus aspectos esenciales.

Finalmente, debe mencionarse que fueron revisados los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de los Juzgados Administrativos 12 y 41, los cuales versan sobre el cumplimiento de acciones populares para la protección del patrimonio cultural y la moralidad administrativa, donde se vincula al Distrito Capital por intermedio del ERU.

Para efecto de la consulta planteada, los fallos mencionados no hacen referencia a la celebración del contrato de fiducia por parte de los vinculados; en consecuencia, estos fallos no cambian la conclusión a la que se ha arribado.

CONCLUSIONES

De conformidad con los fundamentos legales y jurisprudenciales, esta Dirección contesta los interrogantes formulados.

1. *¿El IDPC puede constituirse como fideicomitente aportante al Patrimonio Autónomo FC – Derivado San Juan de Dios – ERU conformado para el manejo y administración de los recursos del CHSJD y del IMI?*
2. *¿El FFDS puede constituirse como fideicomitente aportante al Patrimonio Autónomo FC – Derivado San Juan de Dios – ERU conformado para el manejo y administración de los recursos del CHSJD y del IMI?*

Tanto el Fondo Financiero Distrital de Salud, como el Instituto Distrital de Patrimonio Cultural pueden ser fideicomitentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la Sentencia C-086 de 1995, proferida por la Corte Constitucional.

3. *¿El FFDS dispone de autorización y/o competencia legal para participar en una Fiducia mercantil?*



4. *¿El IDPC dispone de la autorización y/ o competencia legal para participar en una Fiducia mercantil?*

Tanto el Fondo Financiero Distrital de Salud, como el Instituto Distrital de Patrimonio Cultural tienen competencia para participar en una fiducia mercantil, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la Sentencia C-086 de 1995, proferida por la Corte Constitucional.

5. *¿Puede la ERU realizar la cesión de la Fiducia Mercantil al FFDS y al mismo ser el cesionario en el contrato de fiducia enviado en la solicitud inicial de concepto?*

6. *¿Puede la ERU realizar la cesión de la Fiducia Mercantil al IDPC de conformidad con el contrato de fiducia enviado en la solicitud inicial de concepto?*

La Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá puede ceder la fiducia mercantil al Fondo Financiero Distrital de Salud, como al Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la Sentencia C-086 de 1995, proferida por la Corte Constitucional.

Cordialmente,

MANUEL AVILA OLARTE

Director Jurídico (E)
mavila@shd.gov.co

Proyectado por:	Alfonso Suarez Ruiz - Profesional Especializado SJH
-----------------	---

12

35.F.01
V.10

www.shd.gov.co

Carrera 30 N° 25-90 Bogotá D.C. Código Postal 111311
PBX: +57(1) 338 50 00 - Información: Línea 195
NIT 899.999.061-9



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA