

**Efectos de la celebración de contratos de fiducia pública en las entidades del Distrito  
Capital de Bogotá D.C.**

Diany Yolima Rincón Pérez

Asesor

Andrés Felipe Roncancio

Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Maestría en Gobierno, Políticas Públicas y Desarrollo Territorial

2024

## **Dedicatoria**

A mis padres por su apoyo y motivación constantes a lo largo de mi vida, sus palabras alentadoras y por siempre estar presentes y prestos a darnos lo mejor incondicionalmente; por su exigencia, enseñanzas y orientación, que son invaluableles y han forjado el camino que he seguido con dedicación, entrega y disciplina.

A mi esposo sinceros agradecimientos por compartir su vida y tiempo conmigo, por brindar tranquilidad, comprensión y apoyo incondicional con esta causa.

A mi hijo Juan Sebastián por ser mi mayor motivación para ser cada día mejor, por su amor, ánimo y ayuda incondicional a lo largo de este proceso; compartir contigo los desafíos y retos académicos me permitió continuar sin desfallecer.

## **Agradecimientos**

En primer lugar, a Dios y la Virgen por proveer los recursos necesarios para culminar con éxito este trabajo, por permitir compartir con docentes y compañeros que a lo largo de este proceso contribuyeron a la adquisición de nuevos conocimientos con honestidad, trabajo en equipo y discernimiento.

A las personas y entidades que a lo largo de mi vida laboral han contribuido con nuevos aprendizajes que han motivado mi interés en realizar esta investigación.

Agradecimientos al Director de Grado por su acompañamiento, apoyo, revisiones y orientación con acierto, dedicación y respeto, para la correcta presentación de este proyecto.

## Resumen

Los contratos de fiducia se constituyen en un instrumento mediante el cual se transfieren recursos o bienes para que un tercero los administre, siempre bajo el principio de la confianza, aplicado históricamente desde las primeras transacciones que originaron el concepto de fiducia. En Colombia, la Ley 80 de 1993 establece la facultad de las entidades públicas para celebrar contratos de fiducia pública, entre tanto, a nivel distrital se encontró que a 31 de diciembre de 2023 se presentaron saldos por concepto de encargo fiduciario por valor de \$305.098,37 millones y patrimonios autónomos por valor de \$1.123.456,.73 millones, según se reporta en los Estados Financieros Consolidados del Distrito Capital de Bogotá D.C. (Contaduría General de la Nación, 2023); situación que amerita analizar e identificar las principales ventajas y desventajas que surgen para las entidades del orden distrital de la ciudad de Bogotá con ocasión de la celebración de contratos de fiducia.

***Palabras clave:*** Fiducia Pública, Encargos Fiduciarios, Fiducia Mercantil, Contratación Estatal, Sociedades Fiduciarias.

## Abstract

Trust contracts are an instrument through which resources or assets are transferred for a third party to administer, always under the principle of trust, historically applied since the first transactions that gave rise to the concept of trust. In Colombia, Law 80 of 1993 establishes the power of public entities to enter into public trust contracts, meanwhile, at the district level it was found that as of December 31, 2023, balances were presented for fiduciary assignment in the amount of \$305.098,37 million and autonomous assets in the amount of \$1.123.456,73 million, as reported in the Consolidated Financial Statements of the Capital District of Bogotá D.C. (Contaduría General de la Nación, 2023); a situation that merits analyzing and identifying the main advantages and disadvantages that arise for the entities of the district order of the city of Bogotá on the occasion of the execution of trust agreements.

**Keywords:** *Public Trust, Fiduciary Assignments, Commercial Trust, State Contracting, Trust Companies.*

## Tabla de contenido

Introducción .....	9
Planteamiento del Problema y Pregunta.....	10
Objetivos .....	13
Objetivo General .....	13
Objetivos Específicos .....	13
Justificación .....	14
Revisión de Antecedentes .....	17
Antecedentes Históricos de la Fiducia en Colombia.....	19
Marco teórico .....	27
Partes Contractuales .....	31
Fiduciario .....	31
Fiduciante o Fideicomitente o Constituyente .....	34
Beneficiario o fideicomisario.....	36
Elementos de la Fiducia Pública .....	38
Confianza .....	38
Gestor profesional.....	39
Finalidad .....	40
Temporalidad .....	41
Elasticidad.....	41
Remuneración .....	41
Legalidad.....	42
Metodología.....	43
Marco Jurídico de los Negocios Fiduciarios en Colombia .....	47
Los Negocios Fiduciarios en el Distrito Capital de Bogotá Sector Central.....	59
Efectos de la Suscripción de Contratos de Fiducia en el Distrito Capital de Bogotá.....	66
Ventajas .....	66
Desventajas.....	73
Perspectiva desde el Distrito Capital de Bogotá D.C.....	82
Conclusiones y Recomendaciones .....	91
Bibliografía.....	97

## Lista de Tablas

Tabla 1 Tipologías de los negocios fiduciarios.....	29
Tabla 2 Tipologías de encargos fiduciarios .....	31
Tabla 3 Características Negocios Fiduciarios Públicos .....	52
Tabla 4 Reporte contable ECP Bogotá D.C. – Cifras en pesos .....	59
Tabla 5 Cuenta contable 190802 – Encargo fiduciario - Fiducia de Inversión .....	61
Tabla 6 Cuenta contable 190803 - Encargo fiduciario - Fiducia de administración y pagos .....	61
Tabla 7 Cuenta contable 1926 - Derechos en Fideicomiso.....	63

## Lista de Figuras

Figura 1. Encargos Fiduciarios Distrito Capital Sector Central .....	62
Figura 2. Derechos en fideicomiso Entidades Distrito Capital Sector Central.....	64

## Introducción

En cumplimiento de los deberes instaurados constitucionalmente el Estado se encuentra abocado a planear la forma en que cubrirá las necesidades de los ciudadanos, en forma equitativa, con una adecuada administración de los recursos públicos y con base en la priorización de los requerimientos del país, actividades que se ejecutan a través de las entidades estatales que conforman la administración pública, en cumplimiento de los planes de desarrollo previamente aprobados. (Fernández de Castro & Díaz-Harráiz, 2021).

Así las cosas, el cuidado y correcta administración de los recursos públicos resulta indispensable para el cumplimiento de las finalidades administrativas y satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, en cumplimiento de los principios constitucionales de la función administrativa contemplados en la Ley 489 de 1998, en especial los relacionados con la buena fe, la responsabilidad y la transparencia.

En razón de lo anterior, el Distrito Capital de Bogotá en su calidad de administrador de los recursos públicos de la ciudad, ha celebrado contratos de fiducia pública, encargos fiduciarios públicos y de fiducia mercantil; los datos descritos en el presente documento corresponden a las vigencias de 2019 a 2023, y a partir de esta información se pretenden determinar las principales características y normatividad aplicable, todo ello con el fin de identificar los principales efectos que suscita este tipo de negocio jurídico.

### **Planteamiento del Problema y Pregunta**

Con diversidad de prevenciones de índole político, que implicaban cuestionamientos respecto de la utilización del mecanismo de fiducia en las entidades estatales, esgrimiendo argumentos como la elusión de planes, programas y proyectos, transferencia de dominio de recursos o bienes públicos a un privado, contravención del Estatuto Orgánico de Presupuesto y altos costos por la utilización de esta figura, se expidió la Ley 80 de 1993 (Rengifo Garcia, 2006) en respuesta a la necesidad de regular y flexibilizar la celebración de contratos de fiducia pública.

Siendo la primera normativa en introducir esta figura en el régimen público de los contratos, que al no ser incluida en el sistema de contratación pública anterior, permitía realizarla en forma directa con sujeción al derecho privado, es decir, los contratos no eran producto de procesos de selección, los bienes o derechos eran transferidos a la sociedad fiduciaria quien conformada un patrimonio autónomo, razón por la cual los bienes salían del patrimonio de la entidad pública que los transfería perdiendo así el control estatal. Entre tanto, no se seguía el procedimiento de contratación estatal, limitándolo únicamente a la gestión privada, aun cuando los recursos eran públicos. (González-León & Bohórquez-Orduz, 2021).

Con la citada ley, los contratos de fiducia celebrados por entidades estatales se rigen por las normas de contratación estatal imposibilitando la desviación de funciones públicas y la constitución de un patrimonio autónomo, de forma que los bienes o derechos no salen de la esfera del control estatal (González-León & Bohórquez-Orduz, 2021).

No obstante, el legislador se encuentra en la facultad de autorizar a las entidades estatales de celebrar contratos de fiducia mercantil con los cuales se constituyen patrimonios autónomos. (Legis, 2011)

Si bien es cierto, las sociedades fiduciarias que actúan en calidad de contratistas se encuentran reguladas y autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, su responsabilidad es de medio y no de resultado, por tanto, su labor se limita a la administración de los recursos.

En razón de las facultades otorgadas por la ley, las entidades públicas que conforman el sector central de Bogotá D.C. han venido celebrando contratos de fiducia pública; además, se observa que para realizar el seguimiento oportuno del manejo de los recursos por parte de la entidad fiduciaria, es viable la constitución de unos comités fiduciarios conformados por la entidad estatal, la fiduciaria y otros considerados contractualmente, y en los cuales se aprueban temas de importancia para el manejo adecuado de los recursos como las entidades bancarias en las que también se distribuyen los recursos y se realizarán los pagos respectivos. A su vez, se suscriben pólizas con el ánimo de dar protección a los recursos estatales.

Igualmente, los recursos que permanecen en las fiducias producen unos rendimientos que tienen la destinación que contractualmente se le otorgue.

Se han evidenciado estudios realizados por Organismos de Control en los cuales se mencionan problemáticas relacionadas con la inconveniencia de este tipo de contratos, en razón a la inmovilización de recursos, debido a la permanencia en el tiempo; dificultades de seguimiento en los informes presentados por las Sociedades Fiduciarias; inoportunidad en la transferencia de los rendimientos generados por la fiducia.

Esta investigación resulta relevante por cuanto es pertinente revisar la normatividad aplicable, identificar las principales entidades y actividades dispuestas para este tipo de negocios y determinar las ventajas y desventajas que presentan con ocasión de la celebración de contratos de fiducia que implican el uso y cuidado de los recursos públicos del Distrito Capital.

Surge el siguiente cuestionamiento ¿Cuáles son los efectos para las entidades del Distrito Capital de Bogotá del Sector Central en la celebración de contratos de fiducia pública con corte a 31 de diciembre de 2023?

## **Objetivos**

### **Objetivo General**

Examinar los principales conceptos para determinar los efectos por la colocación de recursos públicos bajo la figura de Fiducia Pública, con énfasis en el Distrito Capital de Bogotá Entidades del Sector Central.

### **Objetivos Específicos**

Analizar la normatividad aplicable a los negocios fiduciarios en Colombia y establecer las principales características de la Fiducia Pública

Determinar los saldos por concepto de fiducia en las entidades pertenecientes al Distrito de la ciudad de Bogotá, en las entidades del Sector Central, con corte a 31 de diciembre de 2023.

Identificar las ventajas y desventajas de la suscripción de contratos de fiducia por entidades que conforman el Sector Central del Distrito Capital de Bogotá D.C.

## **Justificación**

El Estado, tiene dentro de sus funciones normativas, políticas, de gobierno, administrativas y jurisdiccionales, la salvaguarda y custodia de los recursos y bienes públicos, a través de los organismos e instituciones que lo conforman. (Brewer-Carias, 2019)

En Colombia las Entidades Estatales contenidas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, se encuentran facultadas para celebrar negocios fiduciarios de las siguientes tipologías: encargos fiduciarios públicos, fiducia pública y fiducia mercantil, formalizados a través de un contrato bajo las disposiciones del Código de Comercio respecto de la fiducia mercantil siempre que guarden compatibilidad con el Estatuto de Contratación Administrativa. (Legis, 2011)

De esta forma, las entidades estatales entregan los recursos públicos a un tercero para una finalidad requerida en cumplimiento de los fines gubernamentales, de manera que se transfiere una función propia de la entidad contratante a un tercero.

De acuerdo con información publicada por la Superintendencia en Colombia existen 27 entidades financieras catalogadas como Sociedades Fiduciarias. En estas entidades tanto personas naturales como jurídicas del orden privado o estatal, pueden celebrar contratos de fiducia, bajo diferentes tipos de negocio, entre ellos de administración y pagos, seguridad social e inversión. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2024).

La Contraloría General de la República mediante función de advertencia de fecha 09 de noviembre de 2012, realizó seguimiento de la gestión de los recursos públicos colocados en sociedades fiduciarias, encontrando que gran parte de éstos permanecieron inmovilizados en el tiempo durante las vigencias 2009 a 2011, por lo cual instó a la justificación de estos hechos,

pues de no ser así consideró el Organismo de Control se estaría frente a incumplimiento de los fines sociales y de la finalidad última del fideicomiso. (Gómez Lee I. D., 2014)

Actualmente, las instituciones públicas del Distrito Capital de Bogotá celebran contratos de fiducia en los cuales se realiza transferencia de recursos públicos a entidades financieras que se encargan del manejo de estos dineros.

El estudio efectuado es importante para el caso en investigación teniendo en cuenta que, al tratarse del manejo y administración de los recursos públicos, es menester el adecuado control y la claridad suficientes para el cuidado de los dineros y la prevención de pérdidas fiscales; situaciones que se encaminan a resolver parte del problema de investigación planteado en cuanto a las ventajas de la celebración de este tipo de contratos.

Los contratos de encargo fiduciario o fiducia pública tienen importancia más desde el interés público que desde de la propia naturaleza de las entidades que los celebran; esto por cuanto tales entidades actúan como garantes del interés general en cumplimiento del cometido estatal que le ha sido encomendado. (Ching Ruíz, 2020).

Además, deben contar con los requisitos de capacidad por parte del fideicomitente para disponer los bienes a entregar y de administración y disposición de los bienes por parte de la fiduciaria, consentimiento de las partes, objeto que se persigue con el contrato y causa lícitos que dieron origen al contrato. (Arrubla Paucar, 2018)

Adicionalmente, en los negocios fiduciarios públicos bajo los cuales no se configura patrimonio autónomo y no se transfieren los bienes fideicomitados, los dineros entregados por la entidad estatal con ocasión de la celebración de contratos de encargo fiduciario o fiducia pública constituyen prenda general para los acreedores del fideicomitente, es decir, son embargables para

los acreedores, en razón a que no abandonan el patrimonio de la entidad estatal. (Rengifo Garcia, 2006)

Si bien es cierto, el Estatuto General de contratación de la Administración Pública otorga la facultad de celebrar contratos de fiducia bajo la tipología de encargo fiduciario y fiducia pública, la legislación ha permitido que las entidades públicas celebren contratos de fiducia mercantil bajo la normatividad aplicable al derecho privado y la constitución de patrimonios autónomos. (Ramírez Arias, 2022)

Entre tanto, este proyecto pretende establecer los efectos en la celebración de contratos de fiducia pública que son celebrados por el Estado, específicamente para las entidades públicas del Distrito Capital de Bogotá, con ocasión de la necesidad de entrega en administración u otros fines de recursos públicos a entidades financieras.

Por lo anterior, resulta pertinente y relevante analizar la normatividad aplicable a los negocios fiduciarios, determinar el comportamiento de los saldos por concepto de fiducia, que presentan en las entidades de la administración central.

Igualmente, se busca establecer las ventajas y desventajas por la colocación de recursos públicos en encargos fiduciarios, por parte del estado colombiano, como garantía del buen manejo y cuidado de los dineros destinados al cumplimiento de planes, programas y proyectos en pro de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

En la práctica, lo anterior sirve como insumo para la toma de decisiones de índole financiero y contractual, para el adecuado manejo, control, cuidado y administración de los recursos públicos.

## Revisión de Antecedentes

El derecho romano tuvo una influencia representativa en la legislación europea, y un extenso proceso que durante siglos desarrollo figuras como la fiducia, que surgió en el período inicial de la historia de Roma, transcurrido entre los años 750 a.C y 450 a.C, denominado arcaico, caracterizado por la transferencia de propiedades de una persona a otra con el compromiso de que las recibía las devolviera, una vez cumplida la finalidad. Se presentaron dos principales modalidades el *pacten fiduciae cum creditore*, con la finalidad de garantía de una deuda preexistente y el *pactum fiduciae cum amico*, consistente en la realización de un depósito o comodato para el uso convenido o para fines de custodia, destacadas principalmente en el período denominado históricamente como Alto Imperio Romano, encontrando su decadencia en el Bajo Imperio Romano que se concibió en los años 305 hasta 565 d.C. (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005)

En esta última etapa de la era romana la figura de fiducia tradicional fue sustituida por otras formas como el comodato, la prenda o la hipoteca. Igualmente, surgió el fideicomiso testamentario, a través del cual el propietario rogaba a su heredero para favorecer a un tercero, bajo el principio de buena fe y conciencia; voluntad que no siempre se cumplía. (Villagordoa Lozano, 1973)

Aunado a lo anterior, se encontraban limitaciones en los contratos, que en forma estricta debían seguir las condiciones establecidas por la ley, de lo contrario procedía la nulidad; los ciudadanos se encontraban obligados a confiar en la palabra de la contraparte, y ante posibles incumplimientos no se tenía una garantía solida del patrimonio, situación que presentaba inconvenientes por cuanto la situación del deudor podía haber cambiado, y no permitir el pago de

la deuda, aunado a un proceso de reclamo lento que finalmente no cuidaba los intereses del acreedor. (Ramírez Arias, 2022).

Igualmente, dados los aumentos en las operaciones comerciales, los romanos se vieron avocados a adoptar un régimen jurídico con mayores libertades para la celebración de contratos, con menos rigidez, formalismos y mayor flexibilidad, ajustado a las nuevas situaciones que iban sucediendo. (Ramírez Arias, 2022)

En concordancia, en razón a la inexistencia de garantías efectivas y con el objeto de brindar seguridad y protección a la ciudadanía los romanos crearon la institución de la fiducia (Wells, 2016)

Así las cosas, bajo esta figura el deudor realizaba la transferencia de la propiedad al acreedor en garantía, quien conservaba la propiedad hasta que el deudor pagara el saldo de la obligación. En ocasiones estas propiedades se trasladaban fiduciariamente a otro que gozaba de confianza amplia por parte del deudor y del acreedor, garantizando el retorno de los bienes y derechos. (Ramírez Arias, 2022). De esta forma quien recibía los bienes (fiduciario) tenía unas obligaciones básicas a saber: velar por la conservación del bien, disponer del bien en debida forma y regresarlo al cumplirse con la cancelación del crédito u el objeto de la entrega en confianza (Wells, 2016)

Ahora bien, en el derecho anglosajón la figura de transferencia en confianza a un tercero de las propiedades para derecho y goce nace con el "*Estatuto de Manos Muertas*", bajo el cual se prohibió a los religiosos la adquisición de bienes raíces, argumentando que el poder sobre la tierra no era propio de los fines religiosos y se basó en los estudios realizados por los romanos. De esta forma los bienes eran adquiridos por un tercero, también llamado "*prestanombres*" quien asumía las altas cargas tributarias, de las cuales quedaban exentos los religiosos; esta figura

posteriormente, se denominó el trust y ha sido útil para múltiples negocios y contratos. (Wells, 2016)

De manera específica el trust se define como un patrimonio afectado, con dos requisitos fundamentales: que exista un patrimonio (activo) y que el patrimonio sea distinto (sustraído de los patrimonios del sujeto de derecho, es decir, sea todo independiente), de tal forma que se define la regla consistente en que los bienes fideicomitidos deben encontrarse separados de los bienes de quien actúa como fiduciario. (González-León & Bohórquez-Orduz, 2021)

A partir de los acontecimientos históricos descritos que surgieron en el Derecho Romano, ya era posible identificar los fideicomisos, donde se realizaba transferencia de dominio, y los encargos fiduciarios, bajo los cuales solamente se administraban unos bienes sin que exista desprendimiento de la propiedad. (Wells, 2016)

### **Antecedentes Históricos de la Fiducia en Colombia**

Bajo los conceptos descritos, surge en Colombia el término de fiducia; entendida como la figura jurídica que permite la celebración de contratos que se basan en la confianza y el manejo y uso, adecuados de los bienes de un tercero, con amplias facultades fiduciarias concedidas a las entidades bancarias, mediante la Ley 51 de 1918. (Wells, 2016)

Entre tanto, la Ley 45 de 1923 por la cual se reguló el funcionamiento de los establecimientos bancarios, producto de la misión Kemmerer creada por la Ley 60 de 1922, que tuvo como finalidad la organización y modernización de la banca central, reforma de la ley bancaria y creación de un sistema de supervigilancia del sistema financiero, en razón de las deficiencias de idoneidad, permanencia del personal, falta de autoridad por parte del cuerpo de vigilancia, facultades muy amplias para los bancos e ineficientes procedimientos para el desarrollo de los negocios bancarios. (Borrás Polania & Calderón Villegas, 2011)

La enunciada Ley 45 de 1923 desarrollo un sistema integral bancario con impedimentos para realizar inversiones en el sector real por parte de las instituciones bancarias y determinó las operaciones de banca de ahorro, banca hipotecaria y banca de ahorro (Borrás Polania & Calderón Villegas, 2011), e incluyó por primera vez el término “*sección fiduciaria*”, que correspondía a un área dentro de la institución bancaria, aperturada previa aprobación de la Superintendencia Bancaria y con la función de tomar, aceptar y desempeñar los encargos de confianza encomendados bajo la ley, actuando como fideicomisarios. (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005)

De esta forma, se concedió a los bancos la facultad de efectuar encargos de confianza a través de las secciones fiduciarias formalizados a través de contratos de mandato, actividades que durante décadas se concentraron en la custodia de títulos. (Gómez Riveros, 1998), basados en las sugerencias efectuadas por la misión Kemmerer y el denominado trust angloamericano con el fin de otorgar lineamientos en materia contractual permitiendo a un tercero especializado (fiduciario) administrara unos bienes en cumplimiento de un encargo, figura que en su momento se asimilo a un contrato de mandato. (González-León & Bohórquez-Orduz, 2021)

Con la aplicación de estos mecanismos, se evidenciaron diversas situaciones que dificultaron el desarrollo de los negocios fiduciarios, entre ellas, la facilidad para desarrollar operaciones bajo la fiducia de inversión en épocas de especulación financiera con la captación de dineros que no correspondían propiamente a esta tipología de negocio retrasando la promoción de la figura de la fiducia; el deterioro en los ingresos de los ciudadanos y de la capacidad adquisitiva ha sido un detonante para centrar el uso del fideicomiso en un sector reducido, el de mayores recursos; el desconocimiento de este instrumento por falta de divulgación; y las lagunas del derecho positivo que dan origen a múltiples demandas o uso de árbitros con fines de

interpretar las normas que por sí solas no dan respuesta a la realidad de los hechos. (Peña Castrillón, 1986)

Posteriormente, con fundamentó en la doctrina aportada por Ricardo Alfaro, jurista fundador de la doctrina latinoamericana, y en otros autores mejicanos, (Wells, 2016) mediante el Decreto 410 de 1971 se expidió el Código de Comercio, regulando el negocio fiduciario en los artículos 1226 a 1244, constituyéndose en la base de los productos ofrecidos por el sistema financiero. (Varón Palomino & Abella Abondano, 2013).

En la década de los ochenta surgieron los fideicomisos de inversión que promovían el ahorro privado y presentaban rendimientos financieros significativos. (Gómez Riveros, 1998).

Consecutivamente, la Ley 45 de 1990<sup>1</sup> que se encontraba fundamentada en el modelo por grupos financieros, con el objeto de universalizar los servicios bancarios, dio lugar a un mejor control y regulación del conflicto de intereses promoviendo una mejor competencia en búsqueda del equilibrio entre la banca y los intermediarios financieros no bancarios, pasando del concepto de banca especializada a multibanca, y permitiendo que los establecimientos de crédito matriz por medio de filiales dentro de las que se encuentran las sociedades fiduciarias, tuvieran mayor cobertura y asumieran la gestión de los riesgos de estas actividades en igual forma (Borrás Polania & Calderón Villegas, 2011).

Además, promulgó la eliminación de las llamadas secciones fiduciarias y dio paso a la creación de Sociedades Fiduciarias, retirando la facultad de esta figura a los establecimientos bancarios (Gómez Lee I. D., 2014) con la posibilidad de que hicieran uso de la red de oficinas para la realización de actividades de recaudo, pago, recepción y entrega de activos, dando lugar a

---

<sup>1</sup> Ley 45 de 1990 *“Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones”*.

la utilización eficiente de los bienes de los establecimientos bancarios. (Borrás Polania & Calderón Villegas, 2011)

Mediante la Ley 35 de 1993, se estableció que las Sociedades Fiduciarias podían celebrar contratos de fiducia mercantil sin la elevación a escritura pública. Además, se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por el Decreto – Ley 663 de 1993, estableciendo las funciones de las Sociedades Fiduciarias, en su calidad de sociedades de servicios financieros. (Presidencia de la República de Colombia, 1993). Todo ello en la búsqueda de dinamizar los negocios mercantiles y flexibilizar la administración de los recursos patrimoniales por terceros. (González-León & Bohórquez-Orduz, 2021)

Las Sociedades Fiduciarias son sociedades anónimas catalogadas dentro de las Sociedades de Servicios Financieros, sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, ejercen labores de asesoría de sus clientes, y en cumplimiento de mandatos de confianza, ejercen actividades tendientes al cumplimiento de un fin determinado según el contrato suscrito entre las partes. (Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

En consonancia con lo anterior, la Constitución Política de Colombia del año 1991, estableció que las actividades financieras y bursátiles sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De otro lado, el artículo 793 del Código Civil Colombiano se refiere al fideicomiso como una limitación al dominio, debido a la propiedad condicionada por hechos futuros o inciertos físicamente posibles, de los cuales nazca un derecho o se extinga una obligación, que una vez cumplidos dan origen a la restitución de la propiedad al fideicomitente. Además, dispone que si bien es cierto el fiduciario tiene la facultad de disponer de los bienes, y de usufructuarlos por la

duración del fideicomiso, debe conservarlos y restituirlos una vez cumplida la condición. (Wells, 2016).

En referencia al régimen de contratación del sector público, el Decreto 222 de 1983 clasificaba los contratos en administrativos y de derecho privado de la administración, dentro de los cuales se asimilaban los contratos de fiducia pública, de manera que no se establecían condiciones puntuales o independientes para este tipo de negocios jurídicos. (Gómez Riveros, 1998).

Por su parte, el Decreto 632 de 1988 admitió la celebración de contratos de fiducia en los cuales las entidades públicas actúan como fideicomitentes sin que mediara un proceso licitatorio para la selección de la entidad fiduciaria. (Gómez Riveros, 1998)

Debido a las necesidades de encontrar nuevas alternativas para mejorar la transparencia y optimizar las actividades estatales, y, también ejercer las labores de regulación normativa, el legislador expidió la Ley 80 de 1993. (Gómez Riveros, 1998),

Bajo esta premisa los contratos estatales corresponden a los actos jurídicos que ocasionan obligaciones y son celebrados por las entidades sometidas a la aplicación de la Ley. Ahora bien, aunque la citada Ley no refiere literalmente los tipos de contratos, si define contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, dando lugar a la aplicación del derecho privado o de disposiciones aplicables o derivados de la autonomía de voluntades, de existir otro tipo de contratación. (Bahamón Jara, 2015)

Los contratos de encargo fiduciario y de fiducia pública se incluyeron teniendo en cuenta los siguientes argumentos: que el contrato de fiducia mercantil no hacía parte del régimen de contratación estatal anterior, por tanto, el tipo de contratación era directa y se regía por los lineamientos aplicables a la contratación privada, es decir, no se realizaba un proceso de

selección; se constituía un patrimonio autónomo dando lugar a la transferencia de los bienes de la entidad estatal con lo cual salían del patrimonio estatal, y por último el fiduciario se encontraba en facultad de celebrar contratos no sometidos a procesos de selección estatal, razón por la cual se desviaban actividades propias de la gestión estatal hacia la privada. (González-León & Bohórquez-Orduz, 2021)

A su vez, este tipo de contratos sólo pueden ser celebrados por entidades estatales, para proyectos y plazos determinados, y dentro de los cuales no es posible delegar en las Sociedades Fiduciarias la celebración de contratos en desarrollo del encargo o fiducia pública, ni el pago de la remuneración con los rendimientos generados por la fiducia, salvo se encuentren presupuestados. (Bahamón Jara, 2015)

De esta forma el legislador creó un nuevo tipo de contrato diferente de la fiducia mercantil de que trata el Código de Comercio, determinando los lineamientos que se deben seguir en este tipo de procesos, así como las prohibiciones por regla general de delegar la contratación de las entidades territoriales a las sociedades fiduciarias y de la no transferencia del dominio ni constitución de patrimonios autónomos, bajo las normas y principios de transparencia e imparcialidad que rigen la contratación administrativa y que el legislador consideró necesarios. (Corte Constitucional, 1995).

Al referirse a la Fiducia Pública, entendida como aquel contrato de fiducia celebrado por una entidad pública, mediante el cual se realiza entrega de unos bienes o recursos que provienen del presupuesto a una Sociedad Fiduciaria, con el fin que se desarrolle determinada actividad, bajo las instrucciones de la entidad pública, se encuentra que los negocios fiduciarios incursionaron en Colombia con el fin de proporcionar eficiencia y transparencia a las Entidades Públicas, de manera que el Estado recibe colaboración a través de la privatización de algunas

actividades, y así permite mayor participación de la ciudadanía y de un sector competente que coadyuva al cumplimiento del cometido estatal. (Gómez Riveros, 1998)

Situación contraria al modelo conservador en el cual el Estado es omnipotente y debe encargarse de llevar a cabo todas las actividades que no sean propias y estrictamente del sector privado. (Gómez Riveros, 1998)

Igualmente, el Estado ejerce las funciones de regulación y control, (Gómez Riveros, 1998) de la actividad fiduciaria a través de la revisión y aprobación que realiza la Superintendencia Financiera de Colombia, en pro del interés colectivo.

El Estado tiene la facultad de actuar unilateralmente, sin embargo, tratándose de la celebración de contratos obra bilateralmente, tal y como actúan los particulares. (Gómez Riveros, 1998)

Las sociedades fiduciarias están provistas de profesionalismo y especialidad que se encargan de gestionar los intereses ajenos y asumen un riesgo alto al hacerse cargo de estos de intereses en su calidad de expertos. Más aún, teniendo en cuenta que dentro de la misma sociedad fiduciaria pueden existir diferentes especialidades teniendo en cuenta la variedad de temas que pueden surgir en la celebración de contratos de fiducia. De tal manera que no es posible centrarse únicamente en la diligencia cómo se ha expuesto en la doctrina y en la jurisprudencia, sino que además las sociedades fiduciarias por la especialidad en conocimientos, experiencia y garantía técnica deben intervenir para cumplir la finalidad a la cual están expuestos los bienes fideicomitidos. (Cardenas, 2013)

En materia de negocios fiduciarios, es posible atender asuntos de diversos indoles, siempre y cuando cumplan con el requisito de correspondencia con actividades de carácter lícito, en beneficio del propietario de uno o más bienes o de un tercero beneficiario. La Sociedad

Fiduciaria es un organismo especializado y profesional, que adquiere obligaciones con la finalidad de cumplir con lo requerido por el cliente sin adquirir la propiedad total de los bienes.

(Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

Es tan especial y propio de las Sociedades Fiduciarias esta actividad que es posible visualizar un monopolio en el que únicamente las entidades vigiladas por la superintendencia financiera y aprobadas por la superintendencia financiera pueden tener la calidad de fiduciarios (Cardenas, 2013)

Finalmente, los contratos de fiducia surgen por la necesidad de transferir a un tercero la propiedad de unos bienes para su manejo y administración. En Colombia esa potestad se encuentra en cabeza de las Sociedades Fiduciarias.

## Marco teórico

En principio se destaca que bajo la normatividad colombiana una obligación consiste en la vinculación jurídica por la cual un sujeto jurídico llamado deudor se encuentra en el deber u obligación de dar, hacer o no hacer, en beneficio de otro sujeto jurídico denominado acreedor, es decir, para quien surgen derechos, entendidos como los que representan el patrimonio del titular en provecho, beneficio o ventaja demostrable en dinero, y constituyen para quienes lo poseen un valor de índole económico. (Varón Palomino & Abella Abondano, 2013)

En términos generales la fiducia consiste en un negocio jurídico del que pueden ser objeto todos los bienes o derechos, es decir, puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles (bienes corporales) e incorporales (patentes, marcas, derechos de autor, propiedad intelectual y demás signos distintivos). (Rengifo Garcia, 2006)

El negocio fiduciario es útil para diversos fines, desde las operaciones individualmente consideradas para la venta de edificios o viviendas hasta los grandes fondos de inversión con múltiples participantes. Igualmente, permite formalizar donaciones en vida del constituyente y también de disposiciones finales como última voluntad. (Hayzus, 2004)

La fiducia constituida sobre bienes inmuebles este acto deberá constar en escritura pública, toda vez que tales bienes se encuentran sujetos a registro, contrario a los bienes muebles que no requieren la solemnidad de escritura pública con ocasión de la celebración de contratos de fiducia mercantil.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Artículo 16 inciso 1º. Ley 35 de 1993 - Artículo 146, Numerales 2 y 3 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Artículo 1228 Código de Comercio de Colombia – Artículo 796 Constitución del Fideicomiso Código Civil Colombiano

Ahora bien, el nacimiento de la figura de fiducia pública surgió en Colombia a través de la Ley 80 de 1993; siendo relevante que los contratos que celebren las entidades estatales y las sociedades fiduciarias que autorice la Superintendencia Financiera se circunscriben a la administración o manejo de los recursos descritos en las cláusulas contractuales, en ningún caso se delegarán funciones de adjudicación de contratos o remuneración con cargo a los rendimientos financieros del fideicomiso y no habrá transferencia de dominio. Igualmente, la selección de la sociedad fiduciaria se realizará a través de procesos de licitación o concurso conforme a la ley. (Briceño Cardenas, 2021)

Si bien es cierto de conformidad con la Ley 1150 de 2007<sup>3</sup>, la regla general para la celebración de los contratos administrativos es la licitación pública, el numeral 4 del artículo 2 de la norma en mención establece expresamente los casos en los cuales es viable aplicar la contratación directa cuando se trate de “... *contratos de encargo fiduciario de las entidades territoriales en proceso de reestructuración de pasivos...*”. (Bahamón Jara, 2015)

Aunado a lo anterior, se encuentra prohibido pactar en los contratos de fiducia pública la remuneración del fiduciario contra los rendimientos financieros del fideicomiso, así como la celebración de contratos por parte de la Sociedad Fiduciaria, que surjan de la etapa de ejecución; en este caso la entidad estatal tiene la facultad para celebrarlos. No obstante, las entidades estatales pueden encomendar al fiduciario la suscripción de los contratos que surjan, así como los tramites de los procesos precontractuales de la licitación o concurso (Rengifo Garcia, 2006)

En Colombia es viable celebrar los siguientes contratos i) fiducia mercantil ii) fiducia pública y iii) encargo fiduciario para el manejo de recursos, administración y pagos, anticipos en los contratos a que se refiere la ley 1474/11, art. 91 (obra, concesión, salud y los que se

---

<sup>3</sup> “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”

adjudiquen mediante licitación pública, con excepción de los que sean de menor o mínima cuantía).

A continuación, se presenta la clasificación de los principales negocios fiduciarios, así:

**Tabla 1**

*Tipologías de los negocios fiduciarios*

<b>Tipo de Fiducia</b>	<b>Características</b>	<b>Finalidad</b>
Fiducia pública	Consiste en la celebración de contratos de fiducia pública, sin que exista transferencia del dominio de bienes o recursos estatales; no se constituye patrimonio autónomo, donde el fideicomitente es una entidad pública.	Administración de los bienes o recursos conforme al contrato de fiducia
Fiducia mercantil	Fideicomitente transfiere bienes al fiduciario	Fiduciaria administra o enajena según la finalidad que determine el fideicomitente, a su favor o de un tercero beneficiario
Encargo Fiduciario	Entrega de bienes del fideicomitente al fiduciario sin transferir el dominio.  No se constituye Patrimonio Autónomo	Fiduciario cumple instrucciones y finalidad establecida por el fideicomitente

*Nota.* Esta tabla muestra las principales tipologías de los negocios fiduciarios de conformidad con información extraída del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Ley 80 de 1993 Estatuto General de la Contratación Pública y Circular 034 de 2018 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, se creó la figura de fiducia pública, caracterizada porque el fideicomitente corresponde a una entidad pública, se desnaturalizó la figura de fiducia mercantil, al establecer la imposibilidad de constituir un patrimonio autónomo en los términos establecidos para ese tipo de negocios. No obstante, con la expedición de

numerosas leyes autorizando el uso de la fiducia mercantil en entidades públicas, se ha hecho uso de este negocio jurídico. (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005)

En lo referente a la fiducia mercantil, se caracteriza por encontrarse formalizada en un contrato, de naturaleza flexible, dando lugar a cumplir cualquier tipo de finalidad siempre y cuando se enmarque en la ley, siendo la institución jurídica con mayor libertad y sin directrices previamente estipuladas. Es de resaltar que se presenta transferencia de la propiedad de los bienes con destino a un patrimonio autónomo bajo la administración de la Sociedad Fiduciaria, formado independiente del suyo y del patrimonio del fideicomitente. (Wells, 2016), de conformidad con lo establecido en el artículo 1233 del Código de Comercio de Colombia, en búsqueda de la protección de los bienes fideicomitidos. (Peña Castrillón, 1986)

Por su parte, en los encargos fiduciarios la Sociedad Fiduciaria ejerce una actividad de administración, sin que se transfiera la propiedad y, por ende, no se constituye un patrimonio autónomo. No obstante, no es una regla absoluta si se tiene en cuenta el concepto del dinero, de ser un bien genérico y sustituible que implica transferencia para su administración, tratándose de encargos fiduciarios (Wells, 2016). Adicionalmente, acorde con lo establecido por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los encargos fiduciarios pueden ser celebrados con fines de realización de inversiones, administración de bienes o desarrollo y ejecución de negocios en garantía. (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005)

Dentro de esta tipología se encuentran la fiducia inmobiliaria de administración y pagos, fiducia de garantía, fiducia de inversión, fiducia de administración de procesos de titularización. (Legis, 2011)

**Tabla 2***Tipologías de encargos fiduciarios*

<b>Tipo de Fiducia</b>	<b>Características</b>	<b>Finalidad</b>
Fiducia inmobiliaria de administración y pagos	Transferencia de bienes inmuebles a la sociedad fiduciaria para Proyectos de Construcción	Administración y desarrollo de proyecto inmobiliario según instrucciones del acto constitutivo
Fideicomiso de garantía	Fideicomitente transfiere de manera irrevocable la propiedad bajo la figura de fiducia mercantil	Con los activos transferidos y/o su producto se garantizan obligaciones a su cargo y a favor de terceros, de conformidad con el contrato de fiducia
Fideicomiso de inversión	Negocio fiduciario mediante el cual el fiduciario actúa en beneficio del fideicomitente o de terceros designados por éste.	Invertir o colocar sumas de dinero según instrucciones del constituyente o fideicomitente.

*Nota.* Esta tabla muestra las principales tipologías de los negocios fiduciarios de conformidad con información extraída del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Ley 80 de 1993 Estatuto General de la Contratación Pública y Circular 034 de 2018 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia - (Legis, 2011; Ramírez Arias, 2022)

**Partes Contractuales**

El contrato de fiducia se encuentra conformado por tres partes: el fiduciario, el fideicomitente y el beneficiario que en ocasiones puede ser el mismo fideicomitente.

***Fiduciario***

Sujeto de derecho profesional y calificado, sociedad fiduciaria, prestador de servicios, colaborador privado, entidad de servicios fiduciarios y representantes del patrimonio autónomo. (Ramírez Arias, 2022). Recibe los bienes o derechos en garantía por concepto de pago de deudas, y se obliga a restituirlo a su propietario inicial una vez se cumpla con la obligación (Galicia Aizpurua, 2014)

Recibe los bienes o recursos de la entidad pública y se obliga a administrarlos o enajenarlos; son sociedades anónimas, sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera permanentemente con la responsabilidad de restituirlos. Dentro de sus deberes se encuentran: no delegar sus deberes y obligaciones en ninguna otra persona, salvo autorización del fideicomitente; actuar siempre en beneficio del cliente en forma diligente protegiendo los bienes que le han encomendado, llevar sus bienes y cuentas independientes de los del cliente y seguir sus instrucciones; devolver los bienes que le hayan sido entregados o según las instrucciones recibidas y rendir cuentas de la gestión periódicamente. (Gómez Lee I. D., 2014)

Ejerce la labor profesional en la gestión por cuenta de terceros de transacciones, operaciones y negocios, bajo mandatos de confianza con el objeto principal de dar cumplimiento a los contratos de fiducia mercantil, encargo fiduciario o fiducia pública. Las obligaciones principales atinentes a las Sociedades Fiduciarias consisten en actuar en forma diligente y profesional siempre en búsqueda del beneficio del cliente, separar los bienes entregados en fiducia de los propios, cumplir con las instrucciones del cliente, brindar protección sobre los bienes que les han sido entregados de cualquier acto de terceros o del propio fideicomitente, realizar la devolución de los bienes o transferirlos al beneficiario al finalizar el contrato y rendir cuentas de la gestión realizada que es de medio y no de resultado, esto por cuanto los resultados se fundamentan en la buena gestión y en las circunstancias que permitan cumplir la finalidad encomendada. La responsabilidad de la Sociedad Fiduciaria puede estar comprometida de comprobarse la falta de diligencia y prudencia en sus actuaciones. (Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

En su calidad de profesional especializado, la presencia de las sociedades fiduciarias produce mayor seguridad en el manejo eficiente y transparente de los recursos y el logro de los resultados proyectados (Cataño Berrío, 2022)

En términos generales, el disfrute de los bienes no corresponde al fiduciario, por tanto, no es viable su participación en calidad de beneficiario. Además, dependiendo del sistema jurídico puede ser una persona natural o jurídica y ser objeto de autorización y vigilancia del Estado para ejercer las labores propias del fiduciario, en aras de limitar estas actividades a entidades financieras con la finalidad de brindar garantías y proteger los derechos de los usuarios de estos servicios. (Arrubla Paucar, 2018)

Por ejemplo, en Argentina, Colombia, Perú, Panamá, entre otros, existe la prohibición de que el fiduciario sea el mismo beneficiario del contrato, toda vez, que se considera fundamental el respeto por los principios de transparencia y lealtad del fiduciario a fin de garantizar la seguridad jurídica contractual y la protección de los intereses del fideicomitente, dados los preceptos de confianza propios del negocio fiduciario. Por consiguiente, la separación de las calidades entre el fiduciario y el beneficiario resulta ser vital para el equilibrio contractual en la legislación colombiana. (Plata Sánchez, 2017)

En concordancia con lo anterior, en Colombia el fiduciario corresponde a un ente de naturaleza jurídica, sometido a la autorización y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y al cumplimiento de las disposiciones que este Órgano de Control establezca. (Varón Palomino & Abella Abondano, 2013)

A su vez, que las entidades fiduciarias ejercen actividades en forma profesional y con fines de lucro, razón por la cual el contrato de fiducia es oneroso que en principio es indelegable,

toda vez, que el fideicomitente elige al fiduciario con tal confianza que le hace entrega de algunos bienes o recursos de su propiedad. (Arrubla Paucar, 2018)

### ***Fiduciante o Fideicomitente o Constituyente***

Ciente, persona natural o jurídica, de derecho público o privado, nacional o extranjera, que dispone una cosa a favor de otra (Rengifo Garcia, 2006), es el sujeto de derecho que transfiere el bien o bienes y define la finalidad del contrato de fiducia, con el elemento esencial de entregar los bienes fideicomitados transfiriendo la propiedad o reservando para sí el derecho de dominio. La capacidad jurídica y el ser propietario de los bienes o recursos fideicomitados, resulta indispensable para la actuación del fiduciante. (Baena Cárdenas, 2017)

Resulta ser la figura vital en la constitución del negocio fiduciario, a cargo de seleccionar al fiduciario, despojarse de los bienes que son de su propiedad para transferirlos al fiduciario, determinar las especificaciones que deberán cumplirse y señalar a los beneficiarios. Se encuentra en la potestad de exigir el cumplimiento de funciones por parte del fiduciario, requerir la remoción del fiduciario por razones de incumplimiento de obligaciones o imposibilidad para desempeñarlas, solicitar la rendición de cuentas de la gestión del fiduciario, revocar el fideicomiso y ejercer acciones de responsabilidad. (Vargas Balaguer, 2021)

En referencia a los encargos fiduciarios públicos y la fiducia pública, una entidad estatal entrega bienes o dineros, recursos para la cancelación de obligaciones, a una sociedad fiduciaria para administración o manejo, y se cumpla con lo requerido por la entidad estatal constituyente; bajo estas figuras jurídicas no se realiza transferencia de la propiedad, por tanto, no se crea un patrimonio autónomo. (Varón Palomino & Abella Abondano, 2013)

Las entidades públicas, en su calidad de promotoras del fin estatal, se ven en la necesidad de contar con las sociedades fiduciarias mediante un contrato de fiducia en pro del cumplimiento

de los fines estatales, a través del uso de instrumentos financieros, jurídicos y técnicos. (Ramírez Arias, 2022).

Dependiendo del marco jurídico aplicable a la entidad pública, entrega los recursos o bienes a la Sociedad Fiduciaria y define las instrucciones del negocio fiduciario que se celebra. Al finalizar el contrato recibirá los bienes o recursos que entregó, cuando no ha dado la instrucción de entrega a un tercero; realizará la supervisión técnica, financiera, contable y administrativa, a través de un funcionario o contratista de apoyo a la gestión de la entidad o la contratación de un interventor externo y exigirá la rendición de cuentas al fiduciario. (Gómez Lee I. D., 2014)

El fideicomitente se encarga de brindar las instrucciones para el cumplimiento de la finalidad, sin perjuicio de las obligaciones previamente establecidas en la ley y la función de asesoría que compete a las Sociedades Fiduciarias. A su vez, se encuentra en el derecho de establecer desde el clausulado contractual, reserva de algunos aspectos de los bienes entregados, revocar el negocio fiduciario, recibir los bienes una vez finalice el contrato de fiducia o que sean entregados al beneficiario designado por él, cambiar de Sociedad Fiduciaria con la debida justificación y solicitar la rendición de cuentas de la gestión adelantada. (Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

Legalmente el fideicomitente tiene derecho a revocar la fiducia, exigir la rendición de las cuentas, revocar la fiducia si así lo estableció el contrato fiduciario, tomar acciones de responsabilidad en contra del fiduciario, requerir la remoción del fiduciario de hacer lugar a ello, nombrar al sustituto y recibir la devolución de los bienes una vez se finalice el contrato de fiducia. (Varón Palomino & Abella Abondano, 2013)

Bajo esta denominación también se pueden distinguir dos sujetos, a saber, los fideicomitentes iniciales, quienes celebran el contrato de fiducia en un principio una vez se supera la etapa de determinación de viabilidad económica, financiera y jurídica, y los fideicomitentes adherentes, inversionistas o beneficiarios, quienes corresponden a los terceros interesados, quienes se adhieren a través de contratos de vinculación. (Baena Cárdenas, 2017)

### ***Beneficiario o fideicomisario***

Persona natural o jurídica en favor de quien se efectúa el fideicomiso, que obtiene el provecho de la finalidad de éste y a favor de quien se dará la restitución del bien una vez cumplida la condición; además, puede ser el mismo fiduciante o fideicomitente o la (s) persona (s) que designe. (Ramírez Arias, 2022)

Corresponden a los fideicomitentes iniciales y a quienes se hayan adherido mediante al negocio fiduciario mediante contratos de vinculación, a quienes se transfieren los derechos de dominio o recursos, en cumplimiento del contrato de fiducia. Los beneficiarios pueden asumir compromisos, como sucede en los contratos de fiducia inmobiliaria, en los cuales estos terceros entregan sumas de dinero o se subrogan créditos, con el fin de acceder a las unidades de vivienda respectivas (Baena Cárdenas, 2017).

Es posible establecer en el contrato la posibilidad de sustitución del beneficiario bajo unas circunstancias definidas. Dentro de los derechos atinentes al beneficiario se encuentra el exigir al fiduciario el cumplimiento de las obligaciones contractuales o exigir las indemnizaciones que correspondan y requerir la remoción del fiduciario, oponerse al embargo o ejecución de los bienes entregados a la fiducia. (Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

Normalmente, el beneficio obtenido es de carácter económico, que puede estar representado en un activo con valor determinado o determinable susceptible de ser objeto de negocios jurídicos y dentro de los derechos atinentes al beneficiario, se encuentran exigir la devolución de los bienes entregados en fideicomiso, oponerse ante medidas preventivas contra los bienes entregados en fiducia, solicitar al superintendente financiero de Colombia la remoción del fiduciario y el nombramiento de un administrador interino, en forma preventiva, con la debida justificación. (Varón Palomino & Abella Abondano, 2013)

De otra parte, la titularidad de los rendimientos financieros que se originan con los recursos del Distrito Capital, son de su propiedad, con excepción a los recursos de destinación específica o entidades de previsión social; se deben consignar o transferir a la cuenta dispuesta por la Dirección Distrital de Tesorería dentro de los 3 días hábiles siguientes a la fecha de liquidación. Los rendimientos financieros hacen parte de los contratos de fiducia pública y es común que se establezca la destinación en las cláusulas contractuales. (Secretaría Distrital de Hacienda, 2018).

El contrato de fiducia consiste en la transferencia de los bienes al fiduciario y la constitución de un patrimonio autónomo, bajo unas obligaciones de las partes, y en condiciones diferentes a otros contratos estatales.

En este sentido, el término fiducia pública fue incorporado mediante la Ley 80 de 1993 que regula la Contratación Estatal en Colombia, estableciendo que los contratos de fiducia pública sólo se pueden celebrar por las entidades estatales para objetos y plazos determinados; en este tipo de contratos las entidades transfieren a modo de confianza los bienes estatales para su manejo y correcta administración; la nueva legislación ha permitido un aumento considerable en el uso de la figura de fiducia pública.

Finalmente, el Código de Comercio expedido por el Decreto 410 de 1971, señaló dentro de las principales características de los contratos de fiducia las siguientes: se debe celebrar entre vivos; se prohíben las fiducias de negocios secretos; la separación de los bienes y activos hacen parte del patrimonio autónomo; los deberes indelegables del fiduciario y los derechos del beneficiario final, así como las responsabilidades del fiduciario. (Presidencia de la República de Colombia, 1971)

Así mismo, el control de los recursos se encuentra a cargo de las entidades estatales que actúan en calidad de fideicomitentes, la Contraloría General de la Nación, Contralorías Departamentales o Municipales; sin perjuicio de la inspección y vigilancia propios de la Superintendencia Financiera. (Briceño Cardenas, 2021)

## **Elementos de la Fiducia Pública**

### ***Confianza***

La raíz latina de fideicomiso es fides que significa fe o confianza, por tanto, los negocios fiduciarios se basan en actos de confianza formalizado en un proceso licitatorio de conformidad con la normatividad aplicable a la contratación estatal. (Gómez Lee I. D., 2014).

En estricto sentido, la confianza se fundamenta en el conocimiento tanto del cliente como de la Sociedad Fiduciaria, y en la búsqueda por el cumplimiento de un fin que requiere el cliente. Para ello es indispensable tener claridad respecto del objeto de la finalidad que se busca, los derechos del fideicomitente, y deberes y responsabilidades de la Sociedad Fiduciaria. (Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

El negocio fiduciario es un instrumento contractual, de amplia aplicabilidad que encuentra usos múltiples, consistente principalmente en la actividad de administrar y generar

seguridad, con fundamento en la confianza que deja el fiduciante en el fiduciario, donde se presume un deber de lealtad por parte de quien recibe el encargo. (Arrubla Paucar, 2018)

Así las cosas, el contrato de fiducia desde la administración pública se fundamenta en la confianza depositada por la entidad estatal en la sociedad fiduciaria, en búsqueda de la gestión y administración de bienes que son entregados en fideicomiso para beneficio propio o de un tercero en cumplimiento de la voluntad de la entidad contratante o fideicomitente. (Ramírez Arias, 2022)

### ***Gestor profesional***

El deber que le atañe a la Sociedad Fiduciaria es cumplir en forma profesional con la labor encomendada por el cliente bajo los preceptos señalados por la ley; no obstante, su patrimonio debe guardar total independencia del entregado por cada uno de los clientes, en forma que se tengan cuentas independientes para cada negocio fiduciario, característica que resulta marcar la diferencia con los negocios bancarios, en los cuales los recursos de los clientes se mezclan con los del patrimonio de la entidad y de los otros clientes (Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

Valga resaltar que un profesional es una persona con la idoneidad, los conocimientos, preparación e infraestructura específicos y calificados, que a su vez puede acceder a la asesoría de otros terceros con experiencia en los temas atinentes al negocio fiduciario que administra, como evaluadores, contadores, tributaristas, etc. Además, debe contar con las condiciones que den lugar a la anticipación o previsión de riesgos por daños que en desarrollo de sus actividades pueden ocasionar a terceros, de allí la importancia en el análisis de riesgos que deben realizar las sociedades fiduciarias en relación con el contrato que se pretende celebrar, con el fin de establecer los principales aspectos negativos que pueden afectar el cumplimiento contractual y la

forma de mitigarlos. Igualmente, se encuentra en la obligación de realizar la rendición de cuentas de su gestión en forma oportuna e idónea, de tal manera que se dé cuenta en detalle el comportamiento y avances del negocio, aun cuando no se encuentre estipulación al respecto (Giraldo Bustamante, 2005)

Debido a que el interés y beneficios del contrato de fiducia son en beneficio de un tercero, esta situación se traduce en una limitación en términos de responsabilidad de la fiduciaria, quien cumple con unos deberes de sustitución o intermediación y por esta función se debe cumplir esencialmente durante la ejecución del contrato con buena fe, prudencia y dedicación, dadas sus condiciones de entidad especializada (Cacéres Rodríguez, 2014)

### ***Finalidad***

Se debe establecer en forma clara, indicando los derechos y deberes de las partes y los mecanismos de vigilancia y control, desde el inicio de la estructuración del proceso, en los estudios previos del proceso de selección (licitación pública). (Gómez Lee I. D., 2014) Cabe señalar que para la escogencia de la Sociedad Fiduciaria se encuentra permitido realizarla únicamente mediante licitación o concurso público, independiente de la cuantía de la contratación, de tal forma que no aplica la excepción de contratación directa aun cuando el proceso contractual corresponda a menor cuantía. (Rengifo Garcia, 2006)

Cuando se constituyen patrimonios autónomos se constituye uno por cliente, el bien sale del patrimonio del cliente y es independiente del patrimonio de la Sociedad Fiduciaria. (Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

De acuerdo con la jurisprudencia en materia de negocios fiduciarios, las sociedades fiduciarias pueden adquirir la obligación de informar y la obligación de consejo, que debe

constar contractualmente y su incumplimiento resulta ser de mayor gravedad para el fiduciario. (Giraldo Bustamante, 2005)

### ***Temporalidad***

La participación de la Sociedad Fiduciaria es limitada en el tiempo; el no establecer un plazo implica el riesgo de tener recursos públicos en forma indefinida e incumplimiento de las normas de índole presupuestal. (Gómez Lee I. D., 2014). Por ende, en los contratos se debe establecer un objeto y plazo fijo, salvo que exista la autorización correspondiente para ser por tiempo indefinido. Además, una vez finalice su labor la Sociedad Fiduciaria debe regresar los bienes o recursos administrados a la entidad estatal (Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

### ***Elasticidad***

Dentro de los negocios fiduciarios es posible establecer un sinfín de propósitos, siempre y cuando correspondan con actividades lícitas y enmarcadas en la ley. (Baena Toro, Hoyos Walteros, & Ramírez Osorio, 2008)

### ***Remuneración***

En los estudios previos del proceso contractual, la entidad estatal debe señalar en forma puntual el valor de la remuneración asignada por el servicio prestado por la Sociedad Fiduciaria. (Gómez Lee I. D., 2014) No es viable pactar honorarios variables y deben incluirse en el presupuesto de la entidad contratante tratándose de la remuneración por los servicios prestados; situación distinta ocurre si la entidad requiere servicios adicionales, caso en el cual se tendrá que celebrar un acuerdo diferente. (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005)

### ***Legalidad***

El contrato de fiducia debe estar provisto de las formalidades propias de la contratación estatal, se debe celebrar por el funcionario que ostente las calidades de competencia más que a las capacidades, y que cumpla con los requisitos de delegación de ser el caso, una vez verificadas las funciones de la entidad, de sus órganos y funcionarios que se encargarán de la ejecución.

(Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005)

Es preciso señalar que en cuanto al Derecho Colombiano se refiere, la figura jurídica de la fiducia no es una institución repetitiva o duplicada desde el punto de vista legal o económico que resulte inútil; por el contrario resulta de combinar diversos elementos propios de otras figuras y se encuentra demostrado es una herramienta robustecida de eficacia y practicidad, toda vez, que se confía el manejo de los bienes debidamente protegidos a personas profesionales expertos, con lo cual se incorporan a la actividad productiva mayores capitales generando mayor cantidad de empleos, desarrollo empresarial y mayores prestamos colectivos. (Rengifo, 1984)

## Metodología

Dados los argumentos plasmados en el planteamiento del problema, la metodología de la investigación será de carácter mixto, en razón al análisis de datos numéricos, normatividad y conclusiones, que dan lugar al uso de variables de tipo cuantitativo y cualitativo; se fundamentará en el uso de las fuentes secundarias y el uso de documentación específica, entre los que se destacan, fuentes bibliográficas, trabajos de investigación anteriores, artículos de prensa, doctrina y normativa a partir de la cual se pretende resolver los cuestionamientos planteados.

En razón de las actividades planteadas, se utilizará una metodología del orden descriptivo y explicativo, y el método de control operativo será comparativo e histórico, a fin de realizar un estudio sobre los negocios fiduciarios suscritos por entidades públicas de Bogotá, y cumplir con el objetivo general de la investigación en el sentido de establecer los principales efectos ocasionados por la colocación de recursos públicos bajo esta figura en entidades del orden distrital en Bogotá - Colombia.

La población corresponde a las Entidades Públicas del Distrito Capital de Bogotá D.C. - Colombia, y la muestra se concentrará en las instituciones de gobierno del nivel distrital sector central.<sup>4</sup>

Igualmente, con el fin de definir para lograr la técnica de recolección documental los conceptos relacionados con la fiducia, se consultarán documentos, tesis, artículos y estudios que permitan identificar desde el punto de vista normativo la legislación aplicable, generando una

---

<sup>4</sup> El ACUERDO 257 DE 2006 "Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones", establece: "CAPÍTULO 1 Sector Central Artículo 22. Estructura General Administrativa del Sector Central. El Sector Central de la Administración Distrital está integrado por los siguientes organismos: a. El Despacho del Alcalde o Alcaldesa Mayor; b. Los Consejos Superiores de la Administración Distrital; c. Las Secretarías de Despacho, d. Los Departamentos Administrativos y e. Las Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica"

interpretación holística de las categorías normativas. Para ello, previamente se han reunido un número considerable de textos que han sido el fundamento del estado del arte y marco teórico de la investigación.

A su vez, se utilizarán herramientas estadísticas a fin de determinar los saldos de los contratos de fiducia pública reportados por las entidades del orden distrital de Bogotá D.C. del Sector Central.

En consecuencia, teniendo en cuenta los objetivos específicos de la presente investigación, la metodología utilizada para la recopilación, análisis de datos e indicadores y descripción de resultados, consistirá en:

Consulta y tabulación (tipo de norma, fecha, aspectos de mayor relevancia para la investigación) de la normatividad aplicable a los encargos fiduciarios en Colombia.

Consulta y definición de normatividad relacionada con encargos fiduciarios en entidades públicas.

Consulta de informes emitidos por la Contraloría General de la República o Contralorías Territoriales con destino a la ciudadanía dentro de los cuales se han evidenciado informes de auditoría que presentan observaciones relacionadas con el tema en estudio.

Informes obligatorios presentados por la Contraloría de Bogotá dentro de los cuales se encuentra la auditoría a los estados financieros del distrito, y que en forma anual consolidan información que contiene los saldos que presentan los estados financieros de las entidades del orden distrital por concepto de encargos fiduciarios; tabulación de la información encontrada en la que se especifique: vigencia, entidad del orden distrital, saldo a 31 de diciembre de 2023, entidad fiduciaria contratista. Con esta actividad se pretende definir las entidades que aplican esta figura.

Consultas de información rendida ante la Contaduría General de la Nación de la Entidad Contable Pública Bogotá D.C.

A su vez, serán objeto de consulta los Estados Financieros durante los últimos cinco años, con corte a 31 de diciembre de 2023, de los entes que se determine utilizan la figura de fiducia para el manejo y administración de los recursos públicos.

De los indicadores y cifras obtenidas, se determinarán las entidades que presentan mayores valores en los saldos de los encargos fiduciarios y se realizará el análisis de las razones por las cuales se presenta esta situación. En este mismo sentido, se hará énfasis en los tiempos de permanencia de los recursos en los encargos fiduciarios.

Se procederá con la comparación de los saldos e indicadores determinados, lo cual conlleva a calcular los porcentajes de participación de los recursos que se encuentran bajo la figura de fiducia en las entidades del Distrito Capital de Bogotá Sector Central.

La información se obtendrá directamente de las páginas WEB link de transparencia y otros, de cada una de las entidades antes relacionadas, a fin de obtener datos fidedignos que garanticen la confiabilidad y resultados de la investigación.

Así las cosas, a partir de la tabulación y recopilación de la información en hojas de cálculo (archivos formato EXCEL), y la recopilación de datos e información de cada entidad para determinar los saldos de los negocios fiduciarios se realizará el análisis de los datos obtenidos a fin de determinar las respectivas conclusiones.

De allí, será posible analizar la normatividad aplicable a los negocios fiduciarios, las partes intervinientes con su respectivo rol, los elementos de la fiducia y el análisis de los saldos que corresponden a las entidades del distrito seleccionadas en el presente proyecto.

Estos documentos serán el punto de partida para la resolución de los temas planteados en los objetivos específicos. Con esto se propondrá un instrumento que permita el análisis de las variables alrededor del objeto de conocimiento, generando a través de esta una relación sistemática de las condiciones tanto normativas como políticas que se desprende del encargo fiduciario, y su fiabilidad se corresponderá con los elementos de articulación que son comunes a las entidades públicas

## **Marco Jurídico de los Negocios Fiduciarios en Colombia**

El primer objetivo específico de la presente investigación consiste en analizar la normatividad aplicable a los negocios fiduciarios en Colombia y establecer las principales características de la Fiducia Pública, mediante la descripción del marco jurídico general aplicable a esta clase de negocios centrandó la atención en la legislación aplicable a las entidades estatales, en calidad de contratantes.

En Colombia el Presidente de la República ejerce inspección, vigilancia y control de la actividad fiduciaria a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento de las funciones atribuidas al Jefe de Estado establecidas en el Título VII Capítulo 1 artículo 189 numeral 24. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2024). Entre tanto, la Carta Magna establece en el artículo 150, numeral 19, literal d, la función del Congreso de la República, en el sentido de regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y todas las relacionadas con el manejo, inversión y aprovechamiento de los recursos captados del público.

De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio y el artículo 6° de la Ley 45 de 1990, en Colombia únicamente las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Financiera pueden ejercer la actividad fiduciaria, conforme lo estipulado en el artículo 118 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. (Presidencia de la República de Colombia, 1993).

De conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia las actividades constitutivas del objeto social de las sociedades fiduciarias afectan o interesan al orden público económico. Razón por la cual deben ofrecer confianza y credibilidad al mercado con rectitud probidad, experiencia y conocimientos profesionales ajustándose a las instrucciones

que imparta la Superintendencia Financiera. Y precisamente ese conocimiento, la experiencia y la seriedad la principal motivación para terceros a celebrar negocios vinculados a las fiduciarias debido a la confianza que depositan en estas sociedades. (Cardenas, 2013)

El artículo 1234 del código de comercio señala los deberes concretos que, a cargo de la Sociedad Fiduciaria, de los cuales se resalta el deber de la diligencia para la realización de las actividades que señalen los actos constitutivos de los negocios fiduciarios (Cardenas, 2013)

Ahora bien, los requisitos para constituir una sociedad fiduciaria se encuentran contenidos en el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero, principalmente relacionados con la forma social (sociedades anónimas mercantiles o asociaciones cooperativas); proyecto de estatutos sociales, información sobre el capital suscrito, hojas de vida de los asociados y de los administradores, estudio de factibilidad satisfactoria de la empresa (incluida infraestructura técnica y administrativa, mecanismos de control y plan de gestión de riesgos); y en el artículo 80 ibidem, es menester acreditar un capital mínimo para la constitución de la sociedad ; todo ello con el fin de obtener el certificado de autorización emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Las exigencias para la expedición del certificado de autorización expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia para desarrollar actividades exclusivas de entidades fiduciarias tipificadas como personas jurídicas calificadas, con las condiciones de eficiencia y solidez, cobran relevancia debido a la importancia de las funciones a desempeñar y los riesgos que conllevan frente al depósito de confianza que realiza el fideicomitente, bajo la supervisión del Estado. (Cardenas, 2013)

Las cifras actualizadas y publicadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, permiten determinar que el capital mínimo requerido para ser una entidad autorizada para actuar

como sociedad fiduciaria es de \$9.265 millones de pesos, se encuentran aprobadas por la Superintendencia Financiera 27 Sociedades Fiduciarias, con corte a 31 de diciembre de 2023, dentro de las cuales se destacan por Capital Suscrito y Pagado, Fiduciaria Davivienda (15,5%), Fiduciaria La Previsora S.A. (9,51%), BBVA Asset Management S.A. (7,28%), Fiduciaria Bancolombia S.A. (6,08%), dentro del total del capital de las 27 entidades fiduciarias que asciende a la suma de \$756.587 millones. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2023).

Es de anotar, que las fiduciarias Santander Caceis Colombia S.A. (33,5%), Acción Fiduciaria (27,8%), Renta & Global Fiduciaria S.A. (17,73%), y Fiduciaria Sura S.A. (8,24%), presentan pérdidas acumuladas con corte a 31 de diciembre de 2023 del valor total de \$63.315 millones de pesos, con corte a 31 de diciembre de 2023. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2024).

Entre tanto, las Sociedades Fiduciarias en cumplimiento de su objeto social pueden en forma exclusiva actuar como fiduciarios y en virtud de la definición de Fiducia Mercantil<sup>5</sup> contenida en el artículo 1226 del Código de Comercio, el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece las operaciones autorizadas para las Sociedades Fiduciarias, principalmente para celebrar encargos fiduciarios con el fin de realizar inversiones, administrar bienes, ejecutar actividades para otorgamiento de garantías de terceros, administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaen las garantías; emitir bonos y administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, entre otras actividades. (Cardenas, 2013)

---

<sup>5</sup> La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Ahora bien, en cuanto al tipo de negocio fiduciario que celebran las entidades públicas, es posible identificar las siguientes: fiducia mercantil, encargo fiduciario y fiducia pública.

Es oportuno destacar que en la figura de fiducia mercantil el fiduciante o fideicomitente, para el caso la entidad estatal, transfiere el dominio de uno o más bienes al fiduciario (Sociedad Fiduciaria) para su administración, y en provecho de este o de un beneficiario o fideicomisario en un tiempo determinado. El conjunto de bienes transferidos a la Sociedad Fiduciaria por parte de la Entidad Estatal es denominado Patrimonio Autónomo; dichos activos salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente, no hacen parte de los bienes del fiduciario y, por tanto, las obligaciones que se contraigan serán garantizadas por el propio patrimonio autónomo.

Entre tanto, los patrimonios autónomos no son personas jurídicas ni naturales, y se conforman por bienes para cumplir un fin determinado, en el cual el fiduciario actuará como administrador, encargado de celebrar y ejecutar los actos jurídicos conforme al acto constitutivo de la fiducia para lograr la finalidad propuesta (Secretaría Jurídica Distrital, 2022) y se rigen por el Código de Comercio.

Por su parte, en la celebración de contratos de encargo fiduciario no se realiza entrega real y material de los bienes, por tanto, no se constituye un patrimonio autónomo, y no se realiza transferencia del dominio de los activos. (Secretaría Jurídica Distrital, 2022).

Respecto de la figura de Fiducia Pública fue creada mediante la Ley 80 de 1993, se caracteriza por ser autónomo e independiente para las entidades públicas, y se asimila al contrato de encargo fiduciario, en el entendido que no se permite realizar traspaso de propiedad ni constitución de patrimonio autónomo alguno y por esta razón difiere del concepto de fiducia mercantil; además, en razón de la autorización general dada por el legislador en el Estatuto de

Contratación Estatal; en este tipo de negocios se pueden aplicar las normas del Código de Comercio, siempre que sean compatibles y la Ley 80 de 1993 y no se requiere norma o ley específica que autorice a las entidades estatales adelantar este tipo de procesos contractuales.

No obstante, el legislador cuenta con la potestad de autorizar la celebración de contratos de fiducia mercantil por entidades estatales. (Secretaría Jurídica Distrital, 2022); por ejemplo, se encuentran autorizadas legal y expresamente para la celebración de contratos de fiducia mercantil las entidades públicas Caja de Vivienda Popular y Universidad Distrital. En estos casos, tratándose de un contrato de fiducia mercantil celebrado en los cuales el fideicomitente corresponde a una entidad estatal, se da una transferencia formal y aparente, no en la realidad, y por tal motivo los activos continúan siendo públicos y son objeto de control fiscal por parte de las Contralorías<sup>6</sup>. (Rengifo Garcia, 2006)

Bajo estas premisas, los enunciados contratos de fiducia mercantil no comparten la normatividad establecida en el Código de Comercio, y la responsabilidad de la ordenación del gasto se encuentra a cargo del representante legal de la entidad estatal en su calidad de fideicomitente, es decir, no existe delegación dadas las prevenciones del legislador sobre el uso indebido del presupuesto. (Rengifo Garcia, 2006)

En este orden de ideas, las entidades estatales con fundamento en su autonomía presupuestal y capacidad de contratación deben determinar la viabilidad para celebrar contratos de esta naturaleza bajo los principios de planificación, anualidad, programación integral y especialización establecidos en el Decreto 714 de 1996. (Secretaría Jurídica Distrital, 2022).

---

<sup>6</sup> Ley 80 de 1993 artículo 32 numeral 5º inciso 1º

**Tabla 3***Características de la Fiducia Pública*

Concepto	Características
Objeto	Administrar o manejar los recursos vinculados a los contratos que las entidades celebran con plazos determinados, y con el fin de cumplir con la finalidad estipulada por la entidad estatal (fideicomitente) en el acto de constitución del negocio fiduciario.
Contratante	Entidad Estatal
Plazo	El plazo y objeto del contrato debe ser determinado con precisión.
Proceso de selección	Licitación Pública (contratación estatal). En caso de negocios fiduciarios cuyo objeto consista en administrar o manejar recursos que superen más de una vigencia fiscal, se requiere autorización con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso, emitida por el Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS.
Normatividad aplicable	Normas de contratación estatal, fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente. Código de Comercio (fiducia mercantil), siempre que sea compatible con lo dispuesto en la normatividad de contratación estatal
Órganos de Inspección y Vigilancia	Superintendencia Financiera de Colombia Contraloría General de la República Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales Entidad Estatal (Fideicomitente)
Comisión	No existe una regulación de tarifas, el precio se define en el proceso de selección.
Responsabilidad	Las Sociedades Fiduciarias tienen la potestad de decisión sobre los recursos que administran, y por tanto efectúan actos de gestor fiscal <sup>7</sup> , por tanto, deben realizar seguimiento y control permanente. Cumplir los deberes establecidos en la Ley 80 de 1993. Rendir las cuentas establecidas por la Superintendencia Financiera de Colombia.
Prohibiciones	No se podrá pactar la remuneración con cargo a los rendimientos financieros del fideicomiso, excepto si así fue presupuestado. <sup>8</sup>

<sup>7</sup> Ley 610 de 2000 por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. artículo 3° Gestión Fiscal.

<sup>8</sup> Ley 80 de 1993 ARTÍCULO 32. *De los Contratos Estatales*. Numeral 5

Concepto	Características
	Si bien las entidades públicas que actúan como fideicomitentes, puede delegar a las Sociedades Fiduciarias la suscripción de contratos y la ejecución de los procesos licitatorios, no pueden encomendar la adjudicación de contratos celebrados con ocasión del objeto del encargo fiduciario o fiducia pública. <sup>9</sup>
	Por regla general, no se realizará transferencia de dominio de bienes o recursos estatales y no se constituirá patrimonio autónomo (Encargo Fiduciario). Se podrá constituir patrimonio autónomo en procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales <sup>10</sup> ; en materia de renovación urbana <sup>11</sup> y de Financiación y desarrollo para los proyectos de Vivienda de Interés Prioritario por parte de Entidades Públicas incluidas las del Orden Territorial <sup>12</sup> (Fiducia Pública).
	No se podrán decretar auxilios o donaciones en favor de las sociedades fiduciarias <sup>13</sup>
	La Sociedad Fiduciaria no puede celebrar actos o contratos que no pueda celebrar el fideicomitente <sup>14</sup> , es decir, el contrato de fiducia no puede ser un instrumento de fraude.
	No es posible realizar contratación de la Sociedad Fiduciaria por parte de la Entidad Estatal mediante el mecanismo de Contratación Directa, salvo los procesos de contratación señalados por la Ley. <sup>15</sup>

*Nota.* Esta tabla muestra las principales características de la figura Fiducia Pública con fundamento en la Ley 80 de 1993 Estatuto General de la Contratación Pública y Circular Básica Jurídica (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014) – Decreto 1550 de 1995 - (Ramírez Arias, 2022) - (Gómez Lee I. D., 2014)

<sup>9</sup> Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional” **ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2.7.** De la celebración de contratos en desarrollo de encargos fiduciarios o contratos de fiducia.

<sup>10</sup> Ley 80 de 1993 artículo 41 Parágrafo 2

<sup>11</sup> Ley 1450 de 2011 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.” Artículo 121

<sup>12</sup> Artículo 6° Ley 1537 de 2012

<sup>13</sup> Artículo 355 Constitución Política Nacional

<sup>14</sup> Decreto 2555 de 2010 “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.”

<sup>15</sup> Ley 80 de 1993 artículo 32 numeral 5°, modificado por Ley 1150 de 2007 artículo 25

Es pertinente señalar que el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, otorga la potestad a las entidades estatales para celebrar, única y exclusivamente contratos de encargos fiduciarios y de fiducia pública, en los cuales actúen como fideicomitentes. De esta forma, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 estableció dos tipos de negocios fiduciarios, los encargos fiduciarios y la fiducia pública. (Rengifo Garcia, 2006).

En lo referente a los encargos fiduciarios, estos guardan similitud con los negocios de índole privado que hasta la fecha de expedición de la Ley 80 de 1993 venían operando. (Rengifo Garcia, 2006)

En cuanto a la fiducia pública, la legislación colombiana con la expedición de la Ley 80 de 1993 en mención, marcó diferencias con la fiducia mercantil de que trata el Código de Comercio sin modificarla. Además, guarda tal semejanza con los encargos fiduciarios, al no existir transferencia de la propiedad, que en el fondo es posible determinar se trata de una figura con iguales características; no obstante, en materia presupuestal las sociedades fiduciarias deberán someterse a la normatividad aplicable a la entidad estatal contratante en los aspectos fiscales, presupuestales, de interventoría y control. Entre tanto, se destacan las siguientes prohibiciones: realizar negocios que superen la vigencia fiscal, salvo aprobación del Confis; pactar la remuneración con cargo a los rendimientos generados en desarrollo del negocio fiduciario a menos que se encuentren presupuestados y los recursos entregados a la fiducia no son compromisos presupuestales, excepto los proporcionados para la remuneración (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005)

Por el contrario, la figura de fiducia pública presenta diferencias considerables en relación con la fiducia mercantil regulada en el Código de Comercio, toda vez, que no se

constituye como tal un patrimonio autónomo y los bienes no son objeto de transferencia del dominio, características destacadas en la fiducia mercantil tradicional. (Rengifo Garcia, 2006)

Es posible distinguir las dos clases de negocio fiduciario establecidos por el legislador, por cuanto los encargos fiduciarios son aplicables para el manejo de recursos provenientes de la celebración de contratos estatales de conformidad con el numeral 20 artículo 25 de la Ley 80 de 1993; por su parte la fiducia pública es adecuada para los demás fines de la administración. (Rengifo Garcia, 2006)

Los contratos de encargo fiduciario celebrados por entidades públicas han sido definidos por la Superintendencia Financiera de Colombia como aquellos en los que la entidad entrega la tenencia de los recursos, un bien o un conjunto de bienes con destino a la cancelación de obligaciones de la misma entidad estatal, para que la Sociedad Fiduciaria los administre o maneje en cumplimiento de las instrucciones dadas en el acto de constitución del encargo, sin que con esta acción se transfiera o confiera el dominio de tales activos. (Gómez Lee I. D., 2014)

Ahora bien, en los contratos de fiducia pública las entidades estatales entregan la tenencia de los recursos o bienes para su administración a las Sociedades Fiduciarias; para el efecto, estos activos no corresponden a otros contratos celebrados por la entidad. (Gómez Lee I. D., 2014)

Otra figura relacionada con el manejo de recursos públicos a través de negocios fiduciarios corresponde a los anticipos entregados a los contratistas de obra, concesión, salud, o los realizados por licitación pública, celebrados con entidades estatales, de que tratan el artículo 91 del Estatuto Anticorrupción establecido en la Ley 1474 de 2011<sup>16</sup> y el artículo 2.2.1.1.3.4.1.

---

<sup>16</sup> Ley 1474 de 2011 “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.*”

Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos del Decreto 1082 de 2015 Sector Administrativo de Planeación Nacional.

En estos casos, el contratista se encuentra en el deber de suscribir un contrato de fiducia mercantil con una Sociedad Fiduciaria debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera con el fin de constituir un patrimonio autónomo, y a la cual la entidad estatal entregará el anticipo. (Artículo 2.2.1.1.3.4.1. Decreto 1082 de 2015).

Bajo esta figura los recursos entregados por concepto de anticipo corresponden con un contrato de fiducia mercantil, toda vez que se conforma un patrimonio autónomo que deja de ser parte del patrimonio de la entidad estatal; en cuanto a la administración de tales recursos, se debe fijar en los pliegos de condiciones del proceso contractual. (Gómez Lee I. D., 2014).

Así las cosas, se transfieren los bienes fideicomitidos a la sociedad fiduciaria, se constituye un patrimonio autónomo diferente al de la entidad estatal y al de la sociedad fiduciaria. (Ramírez Arias, 2022). Esta figura utilizada de conformidad con la Ley 1474 de 2011 para el manejo de los anticipos que son entregados por las entidades estatales a los privados con ocasión de la celebración de contratos; no siempre garantiza la adecuada ejecución de los recursos públicos. (Márquez Vargas, 2014). La transferencia de los bienes se ve reflejada en la ejecución de los presupuestos de la Entidad Pública; además, el patrimonio autónomo tiene la facultad de celebrar los contratos que considere necesarios para cumplir los fines de la fiducia mercantil. (Ching Ruíz, 2020).

No obstante, los pagos con destino a los proveedores se efectuarán de conformidad con las instrucciones dadas por el contratista a la Sociedad Fiduciaria, una vez sean autorizados por el Supervisor o Interventor del contrato, desembolsos que se limitan al plan de utilización o de inversión del anticipo. (Gómez Lee I. D., 2014)

La Superintendencia Financiera de Colombia ha impartido instrucciones relacionadas con las normas y condiciones de preparación, presentación y reporte de la información financiera de las entidades objeto de inspección, vigilancia y control, mediante la expedición de la Circular Básica Contable y Financiera y la Circular Básica Jurídica.

De conformidad con la Circular Básica Jurídica antes enunciada, el régimen de inversiones de los excedentes de liquidez, se rige por lo establecido en el Decreto 1525 de 2008, con énfasis en el parágrafo 3 artículo 49, modificado por el artículo 1 del Decreto 600 de 2013, en los que se establece el deber de las entidades estatales del orden nacional y territorial, de invertir sus excedentes de liquidez en Títulos de Tesorería (TES) y en certificados de depósito a término, depósitos en cuentas corrientes, de ahorros o a término de condiciones de mercado en entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Al respecto, el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007 establece la posibilidad de invertir en forma directa los excedentes de tesorería de las entidades estatales, en fondos comunes ordinarios que administren las sociedades fiduciarias sin que medie un proceso de licitación pública.

En tal sentido las sociedades fiduciarias en virtud del deber de previsión consignado en la Circular Básica Jurídica 049 de 2014 Parte II, Título II, Capítulo I, Artículo 2.2.1.2.6, deben precisar claramente “(...) *cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, deben prever los diferentes riesgos que puedan afectar el negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos (...)*”. Lo anterior, permite inferir que las sociedades fiduciarias tienen la obligación de realizar la revisión de los contratos a fin de evitar situaciones de conflicto de intereses o riesgos inherentes a la ejecución del contrato. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2016).

Las Sociedades Fiduciarias en su calidad de contratistas, se califican como gestores fiscales pese a su condición de particulares, que no hacen parte de la administración pública, toda vez, que administran recursos públicos provenientes del presupuesto nacional o de bienes o rentas de naturaleza pública, situación que deriva responsabilidad fiscal ante posibles detrimentos sobre el patrimonio público. (Gómez Lee I. D., 2014)

No obstante, en referencia a los encargos fiduciarios y fiducia pública referidos en la Ley 80 de 1993, se exigen una serie de requisitos y procedimientos para la contratación de esta figura por parte de personas jurídicas de derecho público que actúan en calidad de fideicomitentes, *“no existe un régimen jurídico que regule los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que de ellos se derivan, de manera entonces que se trata de negocios jurídicos atípicos desde el punto de vista del derecho positivo, pero con un creciente reconocimiento y utilización en el tráfico negocial, es decir, con tipicidad social.”* (Cardenas, 2013).

Naturalmente el fiduciario debe cumplir con las obligaciones señaladas en el contrato y en las disposiciones legales, sin embargo, el fiduciario tiene una responsabilidad particular al convertirse en contratista del Estado, y de donde surge el deber de velar por el cumplimiento de los fines esenciales del estado, y en ningún caso con su actuar servir para realizar actividades en contravención a las atribuidas por la ley a la entidad estatal contratante. (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005)

A cargo del fideicomitente, se encuentra la responsabilidad de impartir instrucciones al fiduciario, sin embargo, éstas pueden faltar al ser potestativas y en caso de incumplimiento se puede encontrar ante la transgresión de un criterio de la prestación debida, situación que conlleva la revisión de la debida diligencia del fiduciario. (Cardenas, 2013)

### Los Negocios Fiduciarios en el Distrito Capital de Bogotá Sector Central

El segundo objetivo específico de la presente investigación es determinar los saldos por concepto de fiducia en las entidades pertenecientes al Distrito de la ciudad de Bogotá, en las entidades del Sector Central, con corte a 31 de diciembre de 2023, mediante la identificación de las entidades con mayor participación en los negocios fiduciarios indicando las principales actividades llevadas a cabo mediante esta figura.

En los reportes generados a través de la Contaduría General de la Nación con corte a 31 de diciembre de 2023, se evidenció que la Entidad Contable Pública Bogotá D.C.<sup>17</sup> reportó la siguiente información en el formato denominado CGN2015 \_001\_ SALDOS\_Y \_MOVIMIENTOS \_CONVERGENCIA. (Contaduría General de la Nación):

#### Tabla 4

*Reporte contable ECP Bogotá D.C. – Cifras en pesos*

CODIGO	NOMBRE	SALDO FINAL
1.9.08	RECURSOS ENTREGADOS EN ADMINISTRACIÓN	2,185,566,714,514.13
1.9.08.01	EN ADMINISTRACIÓN	1,880,468,342,040.13
1.9.08.02	ENCARGO FIDUCIARIO - FIDUCIA DE INVERSIÓN	147,518,036.00
1.9.08.03	ENCARGO FIDUCIARIO - FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS	304,950,854,438.00
1.9.26	DERECHOS EN FIDEICOMISO	1,123,456,764,686.45
1.9.26.03	FIDUCIA MERCANTIL - PATRIMONIO AUTÓNOMO	1,123,456,764,686.45

*Nota.* La tabla refleja los códigos contables 1.9.08.02 Encargo fiduciario – Fiducia de Inversión;

1.9.08.03 – Encargo fiduciario – Fiducia de Administración y Pagos y 1.9.26.03 – Fiducia

<sup>17</sup> De conformidad con el Manual de Políticas Públicas de Bogotá D.C. la ECP Bogotá se encuentra conformada por: "...las Secretarías de Despacho, los Departamentos Administrativos, las Unidades Administrativas Especiales sin Personería Jurídica, los Órganos de Control a excepción de la Contraloría de Bogotá D.C., los Fondos de Desarrollo Local, otros fondos y entes (Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá – FPPB y Sistema Integrado de Transporte Público – SITP)".

Mercantil – Patrimonio Autónomo, al corte de la vigencia 2023, correspondientes a la ECP Bogotá. (Contaduría General de la Nación)

El Catálogo General de Cuentas del Marco Normativo para Entidades de Gobierno emitido por la Contaduría General de la Nación<sup>18</sup> establece las siguientes dinámicas contables:

Cuenta 1908. *Representa los recursos en efectivo a favor de la entidad que se originan en a) contratos de encargo fiduciario, fiducia pública o encargo fiduciario público y b) contratos para la administración de recursos bajo diversas modalidades, celebrados con entidades distintas de las sociedades fiduciarias.*

Cuenta 1926. *“Representa el valor de los derechos fiduciarios controlados por la entidad, administrados a través de contratos de fiducia mercantil.”.*

De conformidad con las Notas a los Estados Financieros de Bogotá Distrito Capital, con corte a 31 de diciembre de 2023, se reportan en la cuenta contable 1908 – Recursos entregados en administración la suma de \$2,185,566,714,514.13, cifra que corresponde al 0.14% del total del activo del Distrito. A su vez, la enunciada cuenta 1908 se encuentra subdividida en las subcuentas 190801 – En administración (\$1.880.468.342.040); y las cuentas 190802 – Encargo Fiduciario – Fiducia de Inversión (\$147.518.036); 190803 – Encargo Fiduciario – Fiducia de Administración y Pagos (304.850.854.438), de especial interés para la presente investigación. Por otra parte, la cuenta 1926 – Derechos en Fideicomiso reporta un saldo de \$1.123.456.764.686 que corresponden a recursos administrados por medio de contratos de fiducia mercantil. (Secretaría Distrital de Hacienda, 2023). Lo anterior, refleja un resultado por la

---

<sup>18</sup> Órgano rector de la contabilidad pública en Colombia, con autoridad doctrinaria en la materia, que normaliza, centraliza y consolida la contabilidad del sector público, para elaborar el Balance General de la Nación y de la Hacienda Pública (Contaduría General de la Nación)

suma de \$1.428.555.107.160, equivalente a la sumatoria de los saldos de encargos fiduciarios, tanto de inversión como de administración y pagos, y los derechos en fideicomiso.

Debido a lo anterior, la sumatoria de saldos de los encargos fiduciarios (\$305.098.372.474) y derechos en fideicomiso (\$1.123.456.764.686,45), asciende a \$1.428.555.107.160 corresponden a los contratos suscritos por entidades públicas del Distrito Capital con Sociedades Fiduciarias, conforme la siguiente relación:

### Tabla 5

*Cuenta contable 190802 – Encargo fiduciario - Fiducia de Inversión*

Entidad	Saldo 31-dic-2023	Saldo 31-dic-2022
Secretaría Distrital de Movilidad	147,518,036.00	1.257.800.311
Total	147,518,036.00	1.257.800.311

*Nota.* Esta tabla muestra el saldo con corte a diciembre de 2022 y 2023, de los encargos fiduciarios – fiducia de inversión correspondientes a la ECP Bogotá. (Secretaría Distrital de Hacienda, 2023)

### Tabla 6

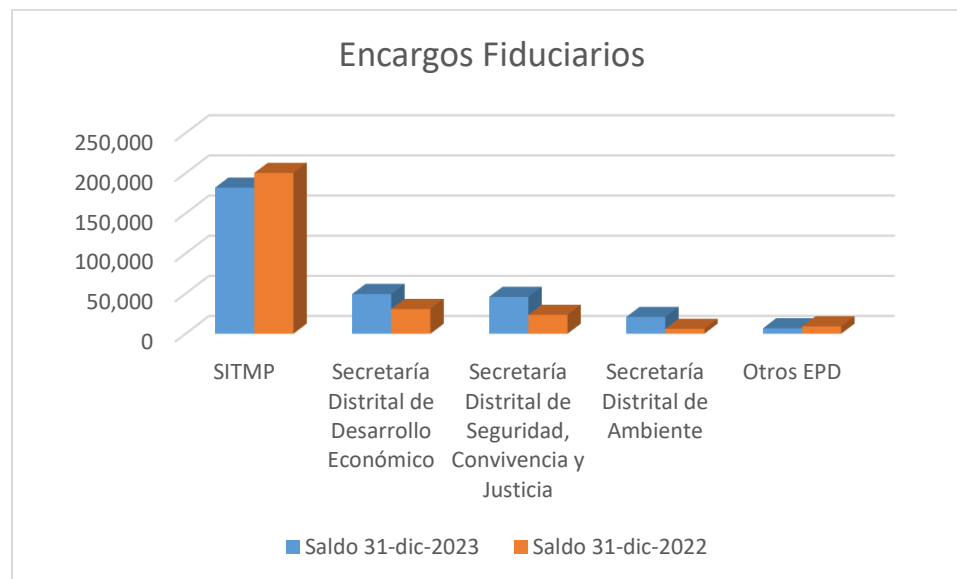
*Cuenta contable 190803 - Encargo fiduciario - Fiducia de administración y pagos*

Entidad	Saldo 31-dic-2023	Saldo 31-dic-2022
SITMP	181,919,418,805.00	200,221,683,155.00
Secretaría Distrital de Desarrollo Económico	49,473,714,019.00	30,822,093,101.00
Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia	45,889,758,418.00	23,554,464,559.00
Secretaría Distrital de Ambiente	20,851,858,854.00	6,062,400,000.00
Otros EPD	6,816,104,342.00	9,080,541,871.00
Total	304,950,854,438.00	269,741,182,686.00

*Nota.* Esta tabla muestra el saldo con corte a diciembre de 2022 y 2023, de los encargos fiduciarios – Fiducia de administración y pagos correspondientes a la ECP Bogotá. (Secretaría Distrital de Hacienda, 2023)

### Figura 1

#### *Encargos Fiduciarios Distrito Capital Sector Central*



*Nota.* Este gráfico refleja la participación por entidad en los saldos de encargos fiduciarios con corte a diciembre de 2022 y 2023. Las cifras están dadas en millones de pesos. (Elaboración propia).

De conformidad con lo anterior, en lo referente a los encargos fiduciarios las entidades que presentan mayor saldo a diciembre de 2023 son: Ente Público Distrital Sistema Integrado de Transporte Público SITP (59.66%), Secretaría Distrital de Desarrollo Económico (16.22%) y Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia (15.05%), respecto del total del saldo correspondiente a los encargos fiduciarios de administración y pagos.

En detalle el encargo fiduciario del Ente Público Distrital SITP por valor de \$181.919.418.803,51 se deriva del Contrato 740 de 2020 suscrito entre Fiduciaria Colpatria y la Empresa Transmilenio S.A.

En lo referente a la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico el Contrato más representativo corresponde al Convenio 917 de 2022 suscrito con Fiduciaria La Previsora S.A. con saldo de \$38.814.018.860 y con el objeto de *“Prestar los servicios de administración y pago de los recursos asignados al programa “Empleo Incluyente” de conformidad con lo establecido en el Decreto Distrital 399 de 2022”*.

Por su parte, de los saldos correspondientes a la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, el Convenio 2162 de 2022 presenta la mayor representatividad por valor de \$21.411.634.465 y se relaciona con la formulación, estructuración y desarrollo del proyecto unidad de reacción inmediata ubicado la localidad de Tunjuelito en la ciudad de Bogotá.

(Secretaría Distrital de Hacienda, 2023)

### **Tabla 7**

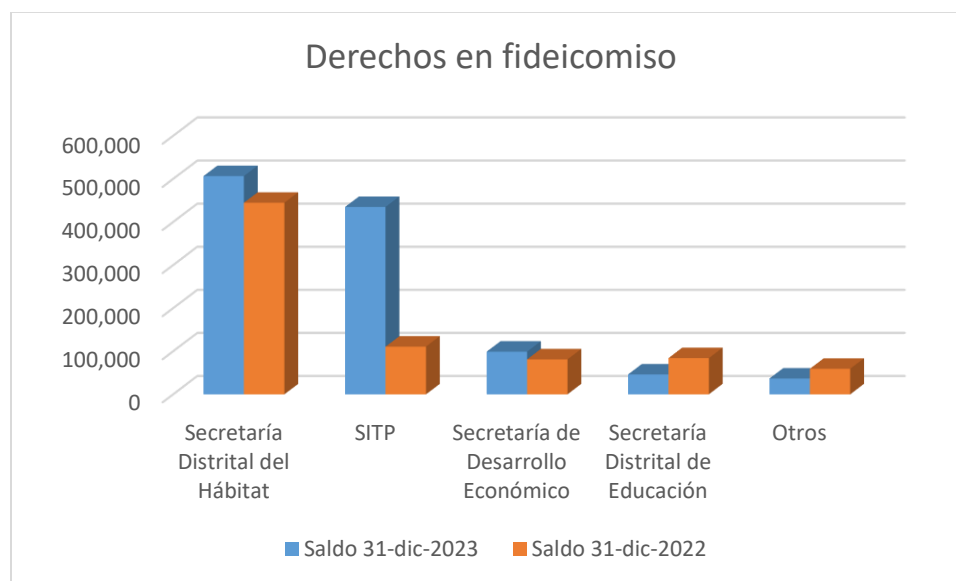
#### *Cuenta contable 1926 - Derechos en Fideicomiso*

Entidad	Saldo 31-dic-2023	Saldo 31-dic-2022
Secretaría Distrital del Hábitat	506,530,892,464	444,708,248,433
SITP	434,927,923,737	110,682,949,961
Secretaría de Desarrollo Económico	99,046,546,776	81,170,524,776
Secretaría Distrital de Educación	46,252,532,610	84,040,941,550
Otros	36,698,839,099	59,258,363,937
<b>Total</b>	<b>1,123,456,734,686</b>	<b>779,861,028,657</b>

*Nota.* Esta tabla muestra el saldo con corte a diciembre de 2022 y 2023, de los Derechos en Fideicomiso correspondientes a la ECP Bogotá. (Secretaría Distrital de Hacienda, 2023)

**Figura 2**

*Derechos en fideicomiso Entidades Distrito Capital Sector Central*



*Nota.* Este gráfico refleja la participación por entidad en los saldos de derechos en fideicomiso (fiducia mercantil) con corte a diciembre de 2022 y 2023. Las cifras están dadas en millones de pesos. (Elaboración propia).

Como se observa en la tabla anterior, en cuanto a los saldos por concepto de contratos por derechos en fideicomiso, las entidades de mayor representatividad corresponden a: Secretaría Distrital del Hábitat (45.09%); Ente Público Distrital SITP (38.71%) y Secretaría de Desarrollo Económico (8.82%).

Los saldos reportados por la Secretaría de Hábitat corresponden principalmente a cargas urbanísticas de la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá (RENOBO), con el fin de utilizar los recursos aportados en el apalancamiento de los proyectos, contratación de estudios y diseños y financiación de obras de urbanismo y construcción; y subsidios de programas de vivienda de interés social.

En lo referente al Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros – SITMP, los recursos administrados bajo la figura de fiducia mercantil corresponden a los movimientos del sistema como son, recaudo de validaciones, pago a operadores, recaudo de recursos por convenios, entre otros, y administración de titularización.

Los recursos de la Secretaría de Desarrollo Económico corresponden a un convenio celebrado con la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá (RENOBO), para un proyecto de construcción.

Finalmente, los recursos de la Secretaría Distrital de Educación se encuentran destinados al cumplimiento de proyectos de infraestructura educativa del Distrito. (Secretaría Distrital de Hacienda, 2023)

De otra parte, la Contraloría de Bogotá señala que, con corte a diciembre de 2023, dentro de las Sociedades Fiduciarias con mayor cantidad de contratos suscritos con entidades del Distrito Capital son: Fiduciaria de Occidente S.A. (52.4%); Fiduciaria Davivienda (19.1%) y Fiduciaria Bancolombia (13.2%). (Contraloría de Bogotá, 2023)

Dentro de los informes de auditoría de las entidades antes señaladas se observaron hallazgos relacionados con falencias en el proceso contractual de las entidades fiduciarias, pagos de comisiones no debidas, falta de reintegro de recursos o saldos al finalizar los contratos, permanencia de recursos no invertidos en el tiempo, falta de trámite y reintegro oportuno de rendimientos financieros a la Secretaría Distrital de Hacienda, inoportunidad de registros contables realizados en los encargos fiduciarios. (Contraloría de Bogotá, 2023)

## **Efectos de la Suscripción de Contratos de Fiducia en el Distrito Capital de Bogotá**

El tercer objetivo de esta investigación es identificar las ventajas y desventajas de la suscripción de contratos de fiducia por entidades que conforman el Sector Central del Distrito Capital de Bogotá D.C., a partir del análisis de la información disponible relacionada con los contratos de encargo fiduciario o fiducia pública y fiducia mercantil.

### **Ventajas**

Es posible determinar que los contratos de fiducia gozan de una destinación específica que da origen a la celebración del negocio fiduciario (Ley 80 de 1993), por tanto, el hecho de entregar en administración recursos públicos a entidades autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, inicialmente supone una seguridad en el cuidado de los recursos público, esto por cuanto se garantiza la custodia y administración bajo el marco normativo que rige a este tipo de instituciones; los recursos son distribuidos en cuentas bancarias administradas por la Entidad Financiera a cargo, conforme a los requerimientos que realiza la entidad estatal que funge como contratante.

De la lectura efectuada en forma selectiva a los contratos de encargo fiduciario suscritos por entidades del orden distrital, se observa la aprobación de un Manual de Encargo Fiduciario que permite visualizar el paso a paso en la consecución, destinación y autorización de giro de los recursos; de manera que la entidad contratante no se encuentra aislada de las operaciones que se realizan en su nombre a través del encargo fiduciario, pues se estipula en estos manuales es la encargada de remitir la información y aprobación de pagos a la entidad financiera que lo representa.

Aunado a lo anterior, las entidades fiduciarias se encargan de llevar la contabilidad de los recursos administrados con destino al constituyente, para el caso la Entidad Fiduciaria. (Fideval, 2024). Situación que facilita operaciones internas de las instituciones, en razón a que se propende por el control interno de los hechos económicos administrados por la fiduciaria. En este sentido, contractualmente es posible pactar que la Sociedad Fiduciaria prepare la información contable conforme al Marco Normativo establecido por la Contaduría General de la Nación (Superintendencia Financiera de Colombia, 2015)

Otro aspecto que cobra relevancia para este tipo de operaciones es la obligatoriedad por parte de la entidad fiduciaria de rendir informes de gestión contentivos de la totalidad de las operaciones concernientes a las operaciones administradas a través del contrato de encargo fiduciario.

Igualmente, se constituyen Comités de Encargo Fiduciario que cuentan con unas funciones propias y se conforman del cuerpo directivo de las instituciones, realizan reuniones periódicas que permiten la toma de decisiones oportuna sobre temas relacionados con exceso de liquidez o flujo de información.

Conforme a la normatividad vigente los recursos financieros obtenidos con recursos del presupuesto del Distrito Capital de Bogotá, deberán ser reintegrados a la Tesorería Distrital<sup>19</sup> dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su liquidación, información que resulta de fácil cumplimiento y verificación, toda vez que, las fiduciarias se encuentran en la obligación de poner a disposición dicha información y una vez autorizado por el constituyente, realizar la respectiva transferencia en los términos y condiciones establecidos por la Secretaría Distrital de Hacienda, en su calidad de beneficiario de estos pagos.

---

<sup>19</sup> Decreto 192 de 2021 *“Por medio del cual se reglamenta el Estatuto Orgánico del Presupuesto Distrital y se dictan otras disposiciones”* artículo 27. Ejecución eficiente de recursos públicos.

Al realizar la revisión de las posibles desventajas se encuentra que se presentan casos en los cuales se realiza apertura de los encargos fiduciarios y los recursos depositados por parte de las entidades distritales permanecen allí en forma indefinida, situación que conlleva a tener recursos expuestos a perder valor en el tiempo y no ser utilizados para los fines estatales en proyectos de beneficio para la ciudadanía.

Como ejemplo de estas situaciones se citan los casos de Secretaría Distrital del Hábitat, Empresa de Renovación Urbana - ERU y Empresa Metro de Bogotá, las cuales presentan saldos a través de vigencias anteriores, que aún al cierre de la vigencia 2023 permanecen en las cuentas bancarias constituidas por los encargos fiduciarios.

El exceso de confianza por parte de la entidad estatal puede provocar descontrol en los pagos efectuados o falta de verificación de las correctas cuantías generadas por concepto de rendimientos financieros a tasas irrisorias comparadas con otro tipo de negocios o inversiones; falta de chequeo y seguimiento a los informes presentados por la fiduciaria; falta de reintegro exacto y oportuno a la Secretaría Distrital de Hacienda de los saldos al finalizar el encargo fiduciario.

El pago de comisiones a las entidades fiduciarias por los servicios prestados genera desembolsos adicionales de recursos por parte de las entidades estatales, teniendo en cuenta que en su estructura cuentan con oficinas de tesorería a través de las cuales es posible administrar los recursos, siempre bajo la correcta implementación de un sistema de control interno que propenda por el cuidado y seguridad de los recursos públicos.

De conformidad con los procesos contractuales en análisis, las garantías presentadas por las entidades fiduciarias resultarían sustancialmente insuficientes teniendo en cuenta las sumas de dinero entregadas en administración.

La introducción en la Ley 80 de 1993 del concepto de fiducia pública ha permitido la realización de procesos de selección, aplicación de reglas de contratación estatal a los negocios fiduciarios celebrados con entidades estatales, se ha evitado el desvío de funciones estatales hacia las Sociedades Fiduciarias, y la protección de los bienes al no ser transferidos a través de la constitución de patrimonios autónomos permitiendo el control estatal, salvo las excepciones que normativamente se han establecido. (González-León & Bohórquez-Orduz, 2021)

Descongestión de actividades en las entidades estatales, y dedicación con mayor eficiencia de las actividades restantes. (Gómez Riveros, 1998)

Las sociedades fiduciarias reciben un encargo que consiste en un servicio que prestan al fideicomitente a través de unas actividades ordenadas que en su calidad profesional se obliga a prestar y a cambio de ello obtiene una remuneración. Es decir, se debe cumplir en forma específica la finalidad establecida por el fideicomitente en el contrato de fiducia (Cardenas, 2013)

Para ello, en su calidad de fiduciario las sociedades fiduciarias deben proceder en cumplimiento de las instrucciones establecidas por el fideicomitente, con la restricción de no dar un uso diferente a los bienes o dineros entregados, es decir, no puede ejecutar actividades contrarias a la finalidad del objeto del negocio fiduciario. En este aspecto, el fideicomitente, para el caso la entidad estatal se encuentra facultado para exigir al fiduciario el acatamiento de las cláusulas contractuales a cabalidad so pena de la ejecución de acciones por incumplimiento<sup>20</sup> (Ramírez Arias, 2022).

Además, dentro de los deberes de diligencia, cuidado, previsión y profesionalismo que proporcionan la confianza a los contratantes para la debida administración de los bienes

---

<sup>20</sup> Artículo 1235 Código de Comercio de Colombia

encomendados (De La Hoz, 2018) es competencia de las Sociedades Fiduciarias, realizar autoexamen de sus propias actitudes, conocimientos y experiencias para cumplir adecuadamente con el objeto contractual (Cardenas, 2013)

En tratándose de contratos de fiducia celebrados con entidades públicas, en concordancia con lo descrito anteriormente, en la práctica las sociedades fiduciarias tienen a su cargo el recaudo, administración y gestión de los bienes encomendados, además de la responsabilidad del cuidado de los recursos públicos que le han sido entregados en confianza y con el fin de garantizar el cumplimiento en favorecimiento del interés general. (Ramírez Arias, 2022)

Las actuaciones de las fiduciarias comprometen el orden público económico, por tanto, su responsabilidad es bastante alta y pese al argumento de que las obligaciones son solamente de medio y no de resultados<sup>21</sup>, como Sociedad Fiduciaria se encuentra en el deber de hacer todo lo que esté en sus manos para salvaguardar los bienes fideicomitidos (Cardenas, 2013).

En este punto, es de resaltar que, en las obligaciones de resultado, solamente se libera la responsabilidad en casos fortuitos, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima, y, por tanto, aducir que las actuaciones se basaron en la prudencia y la diligencia no son argumentos válidos. Contrario a las obligaciones de medio y no de resultado, como es el caso de las sociedades fiduciarias, se presume que inocente hasta que se demuestre una falla en las obligaciones adquiridas, además, la prueba quedará bajo la responsabilidad del fideicomitente; *“Excesivo privilegio para entes profesionales y especializados”*. (Rengifo Garcia, 2006)

Entre tanto, la responsabilidad de la fiduciaria se circunscribe al incumplimiento de sus deberes y obligaciones propios del contrato fiduciario, por acción o por omisión y en forma

---

<sup>21</sup> El artículo 29.3 del Estatuto Orgánico del Estatuto Financiero establece: *“Prohibición general. Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley.”*

intencional o por imprudencia, hechos sobre los cuales se verá obligada a realizar las respectivas indemnizaciones; igualmente, si en su actuar no logra los niveles mínimos requeridos como profesional del negocio. No obstante, en el clausulado contractual es posible pactar responsabilidades adicionales a las ordinarias, referentes a cualquier pérdida que se produzca con ocasión del negocio fiduciario. (Arrubla Paucar, 2018)

Ante una ejecución injustificada del contrato de fiducia, actuaciones de la sociedad fiduciaria en contravía de las finalidades previstas, ejecución inoportuna e injustificada o actuaciones ilícitas, se puede comprometer el patrimonio del fiduciario. (Rengifo Garcia, 2006)

El no contemplar obligaciones de resultado puede limitar la gestión de las sociedades fiduciarias, por cuanto sus obligaciones se limitan a actividades propicias (diligencia y cuidado) que resultan menos imperiosas que buscar un resultado y que son las únicas que deberá demostrar. (Rengifo Garcia, 2006)

Se obtienen mayores beneficios para la ciudadanía y un mayor impacto social, toda vez que se introducen conceptos desarrollados por el sector privado, que pueden incluir nuevos y modernos mecanismos, en aras de lograr mayor eficiencia en las actividades encomendadas (Gómez Riveros, 1998); en razón de la prestación cualificada, complejidad y especialidad, mayor preparación y conocimiento por parte del fiduciario en la administración de recursos y bienes (Cardenas, 2013)

En materia de riesgos de daños a terceros es pertinente señalar que de acuerdo a la adopción que ha hecho Colombia de las reglas del Comité de Basilea las sociedades fiduciarias se encuentran obligadas no solamente a prestar el servicio de personal y de responder por ese servicio sino también por las fallas o inconvenientes que se generen en la infraestructura y en los procesos tecnológicos que implican la prestación del servicio (Cardenas, 2013)

Deben contar con procedimientos y metodologías que permitan una gestión eficiente y control adecuado de los riesgos a los cuales se ven expuestos en el ejercicio de sus actividades, con el fin de cumplir con la correcta administración, manejo e inversión de los bienes fideicomitidos y toma de decisiones de manera eficaz (Cardenas, 2013)

En virtud de la relación de confianza que existe, las Sociedades Fiduciarias ejercen una labor de cuidado, preparación, protección y conservación de los bienes fideicomitidos, siempre bajo los principios de buena fe y corrección. Lo anterior, implica que las sociedades fiduciarias cuentan con una organización técnica administrativa y humana para el cumplimiento de su objeto social (Cardenas, 2013)

El sector privado obtiene nuevas rentabilidades al participar en actividades que antes se encontraban totalmente reservadas para el ente estatal, situación que redundará en mejores indicadores económicos para el país o la ciudad. (Gómez Riveros, 1998)

Dadas las capacidades de cumplimiento del sector privado le es posible colaborar con la prevención del uso inadecuado de recursos públicos, así como con la modernización de las actividades de planificación y ejecución estatales, dando lugar a vínculos de confianza con el sector público. (Gómez Riveros, 1998)

Por mandato constitucional conforme lo dispone el Capítulo 1 del Título X de la Carta Magna, la Contraloría General y las Contralorías Territoriales son Organismos de Control creados con la finalidad de ejercer vigilancia a la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan o administran recursos públicos. De tal suerte, que las Sociedades Fiduciarias que celebran contratos con entidades estatales en su calidad de administradoras de recursos públicos pueden ser vigiladas por las contralorías, situación que brinda mayores garantías en el cuidado de los recursos públicos. Adicionalmente, ante

menoscabo o pérdida de recursos públicos, las Sociedades Fiduciarias pueden verse abocadas a procesos de responsabilidad fiscal en los cuales deberán responder por los perjuicios causados debidamente comprobados. (Gómez Lee I. D., 2014)

Sin embargo, la responsabilidad del fiduciario en caso de incurrir en negligencia en cumplimiento de sus actividades generaría indemnización por los daños causados con estas conductas, de tal forma que el fiduciario se encuentra sometido a una responsabilidad en caso de no proporcionar u otorgar los medios y cuidados concordantes con su profesión (Cardenas, 2013)

Entre tanto, la fiduciaria posee unos deberes indelegables en desarrollo de sus actividades, tales como la obligación de actuar con lealtad, prudencia y altos estándares de diligencia, dada la confianza del público en el Sistema Financiero con ocasión de la actividad fiduciaria que ejercen. (Moreno, 2017)

La Entidad Estatal se beneficia con la gestión y ganancia de la Sociedad Fiduciaria (Ramírez Arias, 2022), al cumplir con la finalidad estatal bajo los principios de la función administrativa.

El negocio fiduciario permite ser utilizado de diversas formas con múltiples funciones y diversos fines, dadas las condiciones de flexibilidad que permiten la adaptación a las necesidades del fideicomitente, (Arrubla Paucar, 2018), para el caso las entidades estatales que actúan en calidad de contratantes.

### **Desventajas**

Para un fideicomitente o beneficiario es complejo realizar pruebas con el fin de verificar los datos suministrados en el contrato y además se acude al conocimiento y a la fe y confianza que se tiene en las sociedades fiduciarias el conocimiento experto que aplican que no es generalmente fácil de verificar en forma profunda o exhaustiva (Cardenas, 2013)

Ahora bien, el legislador con el fin de proteger en mayor medida los recursos públicos, y en lo referente a los anticipos estipulados en los contratos estatales, ha establecido la obligatoriedad de suscribir contratos de fiducia mercantil. Sin embargo, surgen inquietudes por cuanto en el momento de la entrega del anticipo por parte de la entidad estatal al contratista, los recursos públicos cambian su naturaleza a privados a medida que se amortizan y además, se reflejan en el presupuesto de la entidad pública en estado ejecutados cuando la realidad es que se ha hecho tan solo un desembolso que aún no ha sido utilizado por el contratista, y la entidad estatal aún no ha recibido la obra. (Márquez Vargas, 2014)

En este sentido, se genera un cuestionamiento sobre los contratos de fiducia como herramienta para evitar la corrupción y malos manejos por parte de los contratistas y en su lugar garantizar la entrega oportuna y efectiva de las obras. (Márquez Vargas, 2014)

Estudios realizados por la Sociedad Colombiana de Ingenieros en cuanto a la pertinencia de los contratos de fiducia, dan cuenta de la falta de aporte de valor a los procesos contractuales, aumentos significativos de los costos financieros, mayores tiempos de trámites administrativos; entre tanto, se resalta el cobro de altas tasas por la intermediación que realizan las sociedades fiduciarias. (Márquez Vargas, 2014).

Así las cosas, si bien es cierto existe un plan de inversiones y de aprobación del interventor o supervisor del contrato estatal, escapa del alcance de la Sociedad Fiduciaria, garantizar la adecuada destinación de los recursos; quien ante la presentación de estos documentos se convierte en una entidad que efectúa los pagos bajo estos requisitos. De esta forma, se cuestionan las responsabilidades ante manejos indebidos de los recursos públicos entregados a través de la figura de anticipo. (Márquez Vargas, 2014)

De otra parte, la permanencia en el tiempo de los recursos públicos en Sociedades Fiduciarias es denominado por la Contraloría General como “*Recursos Inmovilizados*”, entendidos como aquellos que se mantienen en entidades fiduciarias durante largos periodos de tiempo; encontrando que esta situación puede ocasionar retrasos en la ejecución de políticas sociales y en consecuencia en el bienestar de la comunidad, además del costo económico que se genera. (Contraloría General de la República, 2017)

Estos estudios resultan relevantes para la presente investigación, al exponer posibles desventajas en la celebración de los contratos de fiducia en entidades estatales de la administración central del Distrito Capital.

Existe un vacío legal porque las sociedades fiduciarias hacen parte de las sociedades de servicios financieros de acuerdo con el artículo tercero del Estatuto Orgánico Financiero emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin embargo, no se establecen con precisión las operaciones y negocios constitutivos de las sociedades fiduciarias (Cardenas, 2013)

Igualmente, en la legislación colombiana no se precisa que, en los contratos de fiducia mercantil, el fiduciario es propietario, ni se realiza una definición precisa de un patrimonio autónomo, contrario a otros países como Argentina, México y Perú, situación que no permite que los acreedores del fiduciario persigan los bienes entregados en fiducia por cuanto la Sociedad Fiduciaria no tiene el dominio o propiedad fiduciaria. En igual sentido, no es posible que los acreedores del fideicomitente y del beneficiario persigan los bienes entregados en fiducia, dado que los activos no se encuentran en la esfera del constituyente y en cuanto al beneficiario se debe sujetar a lo establecido en las cláusulas contractuales, pues no tiene injerencia alguna sobre los bienes fideicomitidos. (González-León & Bohórquez-Orduz, 2021)

Aunado a lo anterior, es posible se presenten confusiones en los negocios fiduciarios celebrados por entidades públicas del tipo fiducia mercantil, dadas las condiciones de no transferencia de bienes establecidas por la Ley 80 de 1993, entre otras restricciones establecidas en el artículo 32; y en razón de las excepciones realizadas por leyes que autorizan a entidades estatales específicas para celebrar contratos de fiducia bajo los términos establecidos en el Código de Comercio que preceptúa la transferencia de bienes en la celebración de contratos de fiducia.

Pese a las autorizaciones para la celebración de contratos de fiducia en los términos del derecho comercial, dada la presencia permanente de dineros públicos y del interés general se limita la autonomía de la fiduciaria que actúa bajo el derecho privado. (Rengifo Garcia, 2006).

Además, las normas especiales emitidas en la legislación colombiana evidencian la falta de argumentos de eficiencia, optimización de recursos, agilidad en los pagos, descentralización administrativa y moralidad pública, esgrimidos para la instauración de los negocios fiduciarios en las entidades públicas, toda vez que, mediante numerosas excepciones realizadas por normas posteriores a la Ley 80 de 1993 se ha permitido la celebración de contratos de fiducia mercantil bajo los términos privados establecidos en el Código de Comercio.

Tanto así que, es posible otorgar a la fiduciaria la adjudicación de los contratos derivados de la celebración de contratos de fiducia mercantil con entidades estatales, sin que ello signifique desligarse totalmente de lo establecido en la Ley 80 de 1993 en lo referente a la escogencia de los contratistas, teniendo en cuenta que se trata de inversión de recursos públicos. Esta resulta ser una limitación para la fiduciaria, pues se debe someter a procedimientos de selección de contratistas requieren tiempos y tramites extensos, contrarios a la búsqueda de celeridad y rapidez propias de la figura de fiducia. (Rengifo Garcia, 2006). Tal situación impide que la Sociedad Fiduciaria acuda a su experiencia y a la contratación de empresas o personas previamente conocidas.

Se produce contradicción en la Ley 80 de 1993 por cuanto el numeral 5 del artículo 32 prohíbe el acto de transferencia y la constitución de un patrimonio autónomo, y en el párrafo 2 del artículo 41 permite a las entidades la celebración de operaciones de titularización de activos e inversiones que implican la constitución de patrimonios autónomos, hechos ante los cuales se enmarca la típica fiducia mercantil. (Wells, 2016)

Por lo descrito, las entidades estatales tienen la facultad de celebrar contratos de fiducia pública que en términos generales no implican la transferencia de bienes ni la constitución de un patrimonio autónomo, no obstante, el legislador ha establecido excepciones en la propia Ley 80 de 1993 y en normas específicas para algunas entidades, con las limitantes enunciadas.

Ahora bien, ante posibles procesos de responsabilidad fiscal se pueden presentar dificultades para establecer el nexo causal, entendido como la relación determinante y condicionante de causa efecto en la que se establece relación de causalidad cuando el hecho, doloso o culposo es la causa directa y necesaria del daño. La responsabilidad fiscal desaparece cuando se produce una ruptura del nexo causal, elemento esencial en los procesos aperturados por las Contralorías. (Amaya Olaya, 2002). Adicionalmente, las obligaciones de las Sociedades Fiduciarias son de medio no de resultado y dependen del objeto y finalidad de cada encargo o contrato de fiducia, con lo cual este tipo de negocios jurídicos no ostentan el comportamiento de causa efecto del daño. (Gómez Lee I. D., 2014)

En este sentido, se generan tensiones en cuanto al alcance de la intervención de un gestor profesional especializado como la sociedad fiduciaria, por cuanto aunque normativamente se tiene que sus obligaciones son de medio y diligencia en el negocio de fiducia, mas no de resultado y su responsabilidad se limita hasta una culpa leve, en la justicia arbitral se concentran posiciones diferentes, toda vez que, se encuentran contratos con cláusulas que excluyen toda responsabilidad

de la sociedad fiduciaria desde los procesos técnicos hasta la destinación de los recursos que realice el fideicomitente, situación contradictoria si se tiene en cuenta que la sociedad fiduciaria hace parte de los comités fiduciarios, con derecho a voz y veto.

Al permitir que los negocios fiduciarios se rijan únicamente por las cláusulas contractuales, algunos aspectos relevantes para la correcta administración de los bienes del encargo o contrato de fiducia, se puede incurrir en riesgos para la entidad pública, si no están correctamente establecidos todos los lineamientos o instrucciones que se deben impartir para el adecuado desarrollo del contrato (Cardenas, 2013)

En este sentido, se han encontrado cláusulas en los contratos de fiducia consideradas abusivas, entendidas como aquellas que vulneran la buena fe contractual o producen desequilibrio con efectos injustificados en beneficio de la parte que impone el contrato y en perjuicio del consumidor, para el caso en análisis se destacan, las relacionadas con la rendición de cuentas, terminación unilateral y las instrucciones que dejan absorta la responsabilidad por parte del fiduciario. (Moreno, 2017)

Como ejemplo, existen casos en los cuales la sociedad fiduciaria incumplió con su deber de diligencia y no realizó la contratación de profesionales expertos en derecho y específicamente en temas laborales, fundamento del contrato; al no contar con la infraestructura humana necesaria y profesionalmente capacitada se dio lugar a pérdidas para la entidad contratante (Cardenas, 2013)

Existen aspectos no normados que son potestad de las partes en los contratos de fiducia, como son: los pliegos de condiciones, el valor del contrato, las cláusulas contractuales, cronogramas, mapas de riesgos, manuales operativos, comités fiduciarios e informes, por tanto, la entidad estatal se encuentra abocada a llevar a cabo una estructuración y gestión contractual

eficiente, que garantice la correcta y eficiente gestión de los recursos públicos que permitan maximizar los recursos disponibles y cumplir con los principios de la administración pública. (Gómez Lee I. D., 2014). La falta de regulación específica sobre los temas antes relacionados puede incidir en la correcta supervisión y vigilancia de los recursos o bienes estatales entregados a las Sociedades Fiduciarias.

El hecho de trasladar competencias propias del fideicomitente al fiduciario, se pueden mezclar roles o competencias entre contratante y contratista, situación que constituye un riesgo alto en materia de responsabilidades. Para ello es indispensable el diseño de tableros o instrumentos de seguimiento por niveles y actores en razón de la naturaleza y contenido aplicable a cada contrato, y realizar seguimiento de los deberes y prohibiciones de que tratan los artículos 5° y 6° de la Ley 80 de 1993. (Gómez Lee I. , 2014); igualmente, a la Sociedad Fiduciaria le cabe una responsabilidad en la estructuración del contrato (Cardenas, 2013). Bajo estos parámetros resulta indispensable el adecuado diseño de los pliegos de condiciones, a fin de determinar con claridad las responsabilidades atribuibles al contratante y al contratista. Igualmente, es importante precisar que las Sociedades Fiduciarias no se encuentran en la facultad de intervenir en las decisiones propias de la entidad estatal quien actúa en calidad de fideicomitente.

Ahora bien, de conformidad con los deberes que corresponden a las sociedades fiduciarias en cumplimiento del artículo 1234 del Código de Comercio, las partes contractuales tienen la potestad de constituir Comités Fiduciarios, los cuales son órganos auxiliares, creados por acuerdo entre las partes que suscriben los contratos, y por este hecho las funciones, estructura, composición, formas de elección y demás aspectos de índole operativo deben estar

estipulados en tal acto de constitución del Comité. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2016).

Entre tanto, la constitución de los Comités Fiduciarios es potestativo, de manera que al no ser obligatorio el fideicomitente y el fiduciario pueden o no acordar su creación, situación que puede dejar vacíos en el control y seguimiento de la correcta administración de los recursos o bienes, toda vez, que estos órganos cumplen un papel indispensable de control, seguimiento y vigilancia sobre la correcta administración y mecanismos de custodia de los recursos o bienes entregados en administración y que tienen origen estatal.

Se destaca la importancia de los comités fiduciarios, al tener un carácter consultivo y de decisión para el adecuado cumplimiento del objeto contractual, encontrarse representado por un número plural de representantes de las partes y por su operación conforme a las disposiciones establecidas en el contrato de fiducia. (Cataño Berrío, 2022)

Pese a lo anterior, una vez se prevé la constitución de los Comités Fiduciarios, no es posible que el fiduciario se desligue de sus responsabilidades en el cumplimiento de sus funciones, como consecuencia de los asuntos tratados en este órgano. (Rodríguez Azuero, La Responsabilidad del Fiduciario, 1997)

De conformidad con el artículo 1232 del Código de Comercio se establecen las causales por las cuales es posible la renuncia a la gestión por parte del fiduciario, la cual debe ser autorizada por el Superintendente Bancario; por tanto, dentro de los contratos de fiducia no deben existir cláusulas que permitan la terminación unilateral por parte de la Sociedad Fiduciaria, pues de ser así no se cumpliría con la base fundamental de los negocios fiduciarios, la confianza.

En igual sentido, la rendición de cuentas de la gestión realizada a cargo del fiduciario, conforme el literal 8 del enunciado artículo 1234 señala se debe realizar cada 6 meses, sin establecer un plazo para la aceptación de las operaciones e información por parte del fideicomitente; (Moreno, 2017) situación que debe coincidir con lo estipulado en los contratos de fiducia, pues de establecerse plazo para la aceptación de los informes, el contratante para el caso la entidad estatal quedaría sin la posibilidad de realizar reclamaciones con posterioridad en caso de encontrar irregularidades.

A su vez, el literal 5 del aludido artículo 1234<sup>22</sup>, señala el deber indelegable del fiduciario en el sentido de solicitar instrucciones a la Superintendencia Bancaria ante fundadas dudas de la naturaleza y alcance de las obligaciones, de lo cual se desprende la situación del ente de control de verse en la obligación de realizar recomendaciones respecto de un negocio fiduciario que desconoce y además, de la posición asumida el fiduciario tendría la facilidad de acudir al principio de obediencia en su actuar. Sin embargo, la Superintendencia bancaria ha resaltado la importancia de no usar este mecanismo para dirimir controversias contractuales, corrección de actuaciones por falta de diligencia o incumplimiento del fiduciario, o falta de asesoría en la redacción de los contratos, es decir, este organismo no realiza recomendaciones sobre un negocio jurídico en particular; para ello el fiduciario se encuentra en el deber de acudir a los mecanismos establecidos contractualmente para dirimir las diferencias. (Moreno, 2017).

En consecuencia, las entidades estatales que actúen en calidad de fideicomitentes deben procurar el especial cuidado con la inclusión de cláusulas relacionadas con la normatividad citada.

---

<sup>22</sup> El literal 5 del artículo 1234 del Código de comercio a la letra reza: *“Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;”*

A su vez, en los contratos de fiducia es viable incluir cláusulas compromisorias que han desencadenado numerosos pronunciamientos por parte de tribunales de arbitramento, dadas las dificultades y diferencias existentes entre el derecho público y el derecho privado. (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005)

La entrega de los recursos públicos supone un riesgo atribuible a la Entidad Estatal, tomando en cuenta que la obligación del fiduciario es de medio y no de resultado. (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005) Adicionalmente, existe el riesgo de abuso de facultades por parte del fiduciario, debido a la entrega en confianza de los bienes o recursos públicos, con independencia de las sanciones jurídicas o recursos que posee el fiduciante para su protección. (Rodríguez Azuero, La Responsabilidad del Fiduciario, 1997)

Con la formalización del negocio fiduciario, la Entidad Estatal que actúa en su calidad de fideicomitente, queda en manos de la Sociedad Fiduciaria quien queda con la potestad de cumplir o no con el cometido encomendado, con independencia de las responsabilidades derivadas de un posible incumplimiento o fraude. (Arrubla Paucar, 2018)

Como se ha enunciado la normatividad vigente y aplicable a las entidades estatales, y en especial aquellas del orden distrital del Sector Central de Bogotá D.C. permite la celebración de negocios fiduciarios, bien sea encargos fiduciarios, de fiducia pública o de fiducia mercantil.

### **Perspectiva desde el Distrito Capital de Bogotá D.C.**

Ahora bien, con fundamento en lo expuesto a lo largo de la presente investigación y teniendo en cuenta los votos de confianza depositados en un negocio fiduciario, es pertinente mencionar las actividades a realizar por parte de las entidades distritales del sector central en pro de la utilización de esta figura, que entre otros, resulta útil para el manejo de los recursos públicos, toda vez, que permite descentralizar actividades propias del estado y hacerlas más

eficientes en la medida que las Sociedades Fiduciarias, son entes especializados robustecidos de tecnología, personal especializado, experiencia e infraestructura, que en términos generales coadyuva con la misionalidad y cometido estatal, en pro del cuidado y diligencia en la administración de los recursos estatales.

En este sentido, las entidades contratantes denominadas fideicomitentes se encuentran en el deber de llevar a cabo la planeación de las actividades a desarrollar previo a la contratación de la Sociedad Fiduciaria. Por tanto, resulta indispensable verificar las competencias y funciones de la entidad, conforme al acto administrativo de creación, y sus modificatorias, con el fin de definir el tipo de contratación a celebrar y el sustento legal que permite realizar este tipo de actividades; así las cosas, es imperante el apoyo jurídico que permita definir con precisión las potestades y el negocio fiduciario a celebrar.

Es de resaltar, que las entidades en mención cuentan con la posibilidad de elevar consultas ante la Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá D.C. cuando se presenta disparidad conceptual o de criterio jurídico, entre sectores administrativos o al interior de estos, debido a la condición de líder en la gestión jurídica distrital que le asiste.

En algunos casos es necesario contar con autorización especial del legislador para la celebración del negocio fiduciario, en caso de pretender la celebración de un contrato de fiducia mercantil en el cual se constituye un patrimonio autónomo, por tanto, la entidad contratante deberá realizar la verificación con el fin de garantizar la legalidad del contrato a celebrar.

Pese a lo anterior, aun cuando se trate de un contrato de fiducia mercantil celebrado por una entidad estatal distrital de Bogotá D.C. del Sector Central, la transferencia de los bienes es formal y aparente no real, de manera que no se debe perder de vista que los recursos continúan siendo públicos.

Lo anterior, propende por la elaboración y aplicación de procedimientos y manuales de contratación a la medida de la entidad, que contemplen pasos claros, coherentes y enmarcados en la ley, que tendrán utilidad en la orientación correcta de los procesos contractuales y los mecanismos de control interno.

Dada la normatividad aplicable a estas entidades, en especial lo contenido en la Ley 80 de 1993, los contratos de fiducia para el caso en comento se deben celebrar a través de licitación pública, salvo disposición en contrario, situación que por sí misma conlleva la aplicación de las normas de contratación estatal, en especial los referentes a la elaboración de los estudios de necesidad y conveniencia que puntualicen los requerimientos de la entidad, toda vez, que serán el fundamento de los pliegos de condiciones y de las cláusulas contractuales, entre otros documentos.

Entre tanto, la licitación pública propende por el cumplimiento de la selección objetiva de la Sociedad Fiduciaria a contratar, bajo los principios de la contratación estatal, en especial la transparencia y la responsabilidad, mediante el cumplimiento estricto de las fechas y procedimientos establecidos para el desarrollo del proceso contractual mediante licitación pública, oportunidad y efectividad en las etapas de planeación (creación del proceso, publicación de pliegos y respuesta a observaciones); selección (publicación de pliegos definitivos, respuesta de observaciones, publicación de adendas, solicitud de subsanaciones e informe de evaluación, publicación de ofertas, respuesta a observaciones e informe de adjudicación o declaratoria desierta, según el caso.).

Seguidamente, es menester el análisis consciente y específico para la identificación del tipo de negocio fiduciario que se pretende celebrar acorde con las pretensiones de la entidad estatal; por ejemplo, si el requerimiento corresponde a administración y pagos, inversión,

proyectos de infraestructura o vivienda, otorgamiento de subsidios, administración de recursos del sistema de transporte, titularización, etc., actividades que redundarán en una planeación sólida del negocio fiduciario a contratar.

Realizar una revisión integral de las cláusulas contractuales, de manera que resulten beneficiosas para la entidad pública, esto por cuanto como se relató en el presente documento, existe la posibilidad de incluir cláusulas que vulneren la buena fe contractual produciendo desequilibrios en perjuicio de la entidad estatal, en relación la rendición de cuentas, causales de terminación unilateral o instrucciones de libran de responsabilidades propias de la actividad del fiduciario, de allí la importancia de una revisión integral del contrato.

En suma, el contrato deberá establecer con claridad la forma y el valor de la remuneración de la Sociedad Fiduciaria, el cual se enmarcará en las actividades a realizar acordes con el estudio de mercado que realicé la entidad estatal, bajo el principio de racionalización del gasto, lo que permitirá evitar excesos o desviaciones en los pagos a realizar, así como posibles diferencias entre las partes.

Además, la remuneración debe encontrarse incluida dentro del presupuesto de la entidad y los pagos efectuados deben ser objeto de verificación permanente y previa al traslado de recursos, a fin de evitar posibles desembolsos indebidos.

A la par, es relevante el análisis, descripción y acciones de mitigación de posibles riesgos contractuales, ante posibles eventualidades que puedan afectar el correcto desarrollo de este y el cumplimiento del objeto contractual. Así las cosas, establecer la periodicidad y contenido de la rendición de cuentas a cargo de la Sociedad Fiduciaria, la elaboración y aprobación de un manual de negocio fiduciario, la constitución de un comité fiduciario con las respectivas especificaciones de miembros, funciones, alcances y responsabilidades.

Igualmente, resulta de importancia la revisión por parte de las entidades estatales de las capacidades y responsabilidades de la Sociedad Fiduciaria a contratar, en relación con la infraestructura, funciones y alcances de asesoría, recursos tecnológicos ofrecidos (sistemas de información robustos), accesibilidad de la entidad estatal a informes, reportes y demás documentos, en tiempo real, recursos financieros (disponibilidad) y de talento humano debidamente capacitado y con la experiencia acorde a las necesidades de la entidad estatal y del objeto contractual que se pretende cumplir, considerando la función de profesional especializado propia de los fiduciarios y que garantizará el correcto y adecuado desarrollo del contrato.

En este orden de ideas, es indispensable la identificación del (los) funcionario (s) que ejercerán la función de supervisión del contrato dentro de la entidad pública, dadas las características de esta actividad para la correcta ejecución del contrato, por ello la creación de mecanismos de autocontrol y la formalización de procedimientos que permitan verificar en forma permanente el cumplimiento del contratista, así como el análisis de la información presentada.

Por ejemplo, los informes presentados en la periodicidad y condiciones requeridas por el fideicomitente o entidad estatal distrital del Sector Central deben corresponder con la exigencia y adecuada revisión realizada desde la supervisión, que pueden corresponder a las especificidades y al detalle de las operaciones efectuadas, necesarias para el control y seguimiento por parte de la entidad estatal; de manera que, la rendición de cuentas debe ser objeto de análisis por parte de la entidad a fin de realizar acciones que le permitan una mejora en la utilización de los recursos públicos.

En concordancia, la entidad estatal se encontrará presta a la revisión constante de las especificidades de los recursos ofrecidos por la Sociedad Fiduciaria, durante la etapa de

ejecución del contrato, quiere decir, la permanencia del personal profesional calificado, las herramientas tecnológicas, la infraestructura ofrecida, y demás ítems, deberán permanecer constantes y dispuestos para la entidad estatal, en los términos establecidos al inicio de la etapa contractual.

Un adecuado seguimiento permanente y oportuno, permitirá establecer las alertas de incumplimiento del contrato por parte de la Sociedad Fiduciaria, de las decisiones del Comité Fiduciario, o falencias en la planeación y objeto de la constitución del negocio fiduciario, o desviaciones de recursos.

En este aspecto, vale destacar la importancia de verificar los saldos de los negocios fiduciarios a fin de evitar la permanencia extrema de éstos en el tiempo, pues con ello se causan perjuicios a la ciudadanía por la falta de ejecución en otros proyectos de impacto social para cubrir sus necesidades, aun cuando se generan rendimientos estos pueden resultar irrisorios y no son el fin último del negocio fiduciario.

Con referencia a los rendimientos financieros generados, es de recordar que tratándose de negocios fiduciarios públicos celebrados por entidades distritales del Sector Central de Bogotá D.C. éstos deben ser consignados a la tesorería distrital en los primeros tres días hábiles del mes siguiente a la liquidación efectuada por parte de la entidad financiera, salvo disposición en contrario; actividad que deberá ejecutar la entidad estatal en cumplimiento del Estatuto Orgánico del Presupuesto del Distrito Capital, Decreto Distrital 714 de 1996.

A su vez, la conservación documental de la información presentada por la Sociedad Fiduciaria propiedad de la entidad estatal, permitirá obtener el histórico de saldos y movimientos, procesos ejecutados por el fiduciario, ingresos recibidos, pagos realizados, en

nombre de la entidad, datos indispensables para el análisis estadístico e histórico de la entidad estatal.

En concordancia, la entidad contratante, deberá contar con mecanismos que le permitan a la entidad acceder a información en tiempo real, dispuesta para requerimientos de los usuarios de la información, bien sea usuarios internos, directivas o funcionarios o externos, organismos de control y ciudadanía.

De otra parte, se desataca la importancia de los organismos de control en el control y vigilancia de los recursos públicos dispuestos en los negocios fiduciarios, en cumplimiento de la función pública de control fiscal que ejercen la Contraloría de Bogotá, para el caso que nos ocupa, la Personería Distrital, en su calidad de organismo de control y vigilancia ejerciendo la función del Ministerio Público y la Veeduría Distrital, organismo de control preventivo del Distrito Capital; quienes se encuentran en la facultad de realizar actividades de auditoría y seguimiento permanente a las entidades distritales del Sector Central, en procura de la mejora continua de los procesos institucionales, la vigilancia y seguimiento de los recursos públicos, así como de informar a las instancias pertinentes actividades no enmarcadas dentro de la ley.

A su vez, la Ley 87 de 1993, estableció la creación de las Oficinas de Control Interno, de la cual se colige la función de control del cumplimiento de la normatividad aplicable a cada entidad y de verificación de los procesos en relación con el manejo de los recursos públicos. Por tanto, la función de las Oficinas de Control Interno resulta de amplia importancia para el correcto seguimiento de los recursos estatales.

De lo anterior, ante posibles falencias o inconsistencias evidenciadas por los Órganos de Control, se desprende la importancia de establecer por parte de la entidad pública, planes de mejoramiento acordes con la realidad de las situaciones encontradas, con asignación de

funcionarios responsables y tiempos específicos para su cumplimiento; de tal forma que sean de utilidad y sirvan como insumo de la realización de ajustes de procesos en curso o de la posibles contratos a celebrarse en el futuro.

La articulación entre las entidades públicas y la elaboración de estudios unificados permitirían articular las experiencias de las entidades, y consolidar documentación en referencia a los negocios fiduciarios del Sector Central del Distrito Capital de Bogotá, fructificando las valiosas experiencias de quienes han tenido la oportunidad de acceder a este tipo de contratación.

Atendiendo la similitud de las entidades, es posible sugerir la unificación de criterios a nivel distrital sector central en procesos contractuales de amplia semejanza, acorde con las tipologías utilizadas por los entes distritales de Bogotá, así como recopilar las prácticas de cada una a fin de ampliar el uso de la figura de fiducia en el distrito, previo el análisis de conveniencia según el caso.

En lo atinente al Distrito Capital de Bogotá, Sector Central, el uso de la figura de fiducia corresponde con la modernización del Estado, en búsqueda de equipararse con el sector privado y aprovechar las bondades que genera, en lo referente a actualización de herramientas tecnológicas, organización, eficiencia, oportunidad, asesoría, conocimientos en calidad de profesional especializado y confianza, características propias del negocio fiduciario.

Aunado a lo anterior, la independencia de las cuentas del negocio fiduciario de la Sociedad Fiduciaria genera para la Entidad Estatal y Organismos de Control, facilidad para ejercer el control y realizar el seguimiento de los recursos, así como obtener en forma oportuna los reportes requeridos, bien sean de índole financiero y contable, o acordes con las condiciones contractuales.

Al tener un carácter flexible la figura de la fiducia es una herramienta gerencial que permite a las entidades estatales realizar el análisis y verificación de múltiples casos, acorde con la naturaleza del Distrito Capital en búsqueda de la satisfacción de innumerables necesidades de los ciudadanos.

Lo anterior, permite al Estado tildado comúnmente de ineficiente, descentralizar actividades que puede llevar a cabo a través de un privado avalado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y de la cual surge cierta protección de la entidad estatal al convertirse en un consumidor financiero. Todo esto, sin desligarse de su actividad por cuanto se encuentra en la potestad de realizar seguimiento y control permanente de la actividad fiduciaria.

De manera que la figura de los negocios fiduciarios en entidades estatales del Sector Central de Bogotá D.C. resulta beneficiosa en la medida que se tengan los cuidados, la diligencia y se actúe con responsabilidad en cada una de las etapas precontractual, contractual y post contractual.

## Conclusiones y Recomendaciones

La figura de la fiducia corresponde a un negocio jurídico que puede recaer en bienes (muebles, inmuebles o incorporales) o derechos, y su origen procede de Roma, donde se transfería la propiedad de una persona a otra para un fin específico que una vez se cumplía, retornaba al propietario; surgió como se conserva hasta la fecha, bajo la premisa de la confianza y la necesidad de flexibilizar los contratos, ajustándolos a situaciones particulares y con un sinnúmero de finalidades.

Bajo el derecho anglosajón debido a la prohibición de ser titulares de la propiedad de bienes raíces, los religiosos optaron por adquirirlos a través de la figura de un tercero, esta tipología de negocio se denominó el trust y contemplaba la separación de los bienes fideicomitidos de los bienes del tercero que actuaba como fiduciario, forma que se conserva en la actualidad.

En Colombia el término de fiducia surgió oficialmente bajo la Ley 51 de 1918, se otorgaron facultades amplias para las entidades bancarias permitiendo la celebración de contratos celebrados con base en la confianza. Posteriormente, se expidió la Ley 45 de 1923, norma regulatoria de los establecimientos bancarios que incluyó las denominadas secciones fiduciarias, que correspondían a un área dentro de la entidad financiera y requerían aprobación de la Superintendencia Bancaria, en esta etapa la custodia de títulos fue la actividad predominante de los encargos de confianza.

Hacia 1971 con fundamento en la doctrina que existía a nivel de Latinoamérica se expidió el Código de Comercio, que con mayor detalle reguló en los artículos del 1226 al 1244, los productos ofertados por las instituciones financieras en relación con el negocio fiduciario.

Mediante la Ley 45 de 1990, se eliminaron las secciones fiduciarias y se consagró la creación de Sociedades Fiduciarias a cargo de los establecimientos bancarios, con la posibilidad de utilizar los recursos propios de la actividad financiera.

Respecto del derecho público, la figura de fiducia surgió con el Decreto 632 de 1988, mediante el cual se permitió la celebración de contratos de fiducia en los que el fideicomitente correspondía a una entidad estatal, en la cual la selección de la fiducia no requería licitación pública.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 se reguló la contratación de encargos fiduciarios, a través de la figura de fiducia pública y ha suscitado la organización y utilización en las entidades estatales en forma organizada, situación que se refleja en la variación ascendente de las cifras a partir de su expedición; en razón a la posibilidad de utilizar el mecanismo para mantener aisladamente unos recursos destinados a una finalidad perseguida; desarrollar proyectos que superan la vigencia fiscal y contar con la asesoría especializada que permite la correcta y oportuna toma de decisiones y administración de recursos estatales, con la finalidad de promover la transparencia y la eficiencia en las Entidades Públicas, dando lugar a la colaboración del sector privado competente, a través de la contratación de Sociedades Fiduciarias.

Conforme lo estipulado en el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia, las actividades desarrolladas por las Sociedades Fiduciarias generan afectación o interés al orden público económico, y sólo pueden ser ejercidas a través de la aprobación del Estado, para el caso, de la Superintendencia Financiera quien se encarga de expedir el certificado de autorización para desarrollas actividades exclusivas de entidades fiduciarias, una vez se cumplen los requisitos establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En concordancia, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció las funciones de las Sociedades Fiduciarias, en calidad de Sociedades de Servicios Financieros, sujetas a la supervisión y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, robustecidas de profesionalismo, especialidad, herramientas de índole financiero, jurídico, tecnológico, de talento humano e infraestructura, que le permite cumplir con las actividades requeridas para el cumplimiento de la finalidad lícita de la fiducia, bajo la premisa de la confianza propia de este tipo de negocios.

Ahora bien, las partes del contrato de fiducia son: fiduciario (Sociedad Fiduciaria), fideicomitente (persona natural o jurídica, de derecho público o privado que entrega una cosa a favor del fiduciario) y beneficiario, quien puede ser el mismo fideicomitente y corresponde a quien obtiene el provecho de la finalidad del negocio fiduciario, una vez se cumple la condición.

Dadas las características de flexibilidad y ajuste a la medida de las finalidades de la fiducia, existen diversas tipologías de negocios fiduciarios, dentro de los que se destacan, fiducia de inversión, fiducia inmobiliaria, fiducia de administración y pagos y fiducia de titularización.

La Ley 80 de 1993 permitió que las entidades públicas celebraran contratos de encargo fiduciario y fiducia pública, figuras similares, en las que no se realiza transferencia de la propiedad, de manera que no se crea un patrimonio autónomo, como ocurre en la celebración de contratos de fiducia mercantil.

En este sentido, las Entidades Estatales se encuentran en la potestad de suscribir contratos de fiducia mercantil, en los cuales se constituye un patrimonio autónomo, sin transferencia real de la propiedad de los bienes estatales, y para ello se requiere acto administrativo de autorización del legislador.

A su vez, se ha identificado otra tipología para la administración de recursos públicos, correspondiente a la constitución de contratos de fiducia mercantil por quienes reciben anticipos de obra, concesión, salud o producto de una licitación pública, en cumplimiento de la Ley 1474 de 2011.

Los principales elementos de la fiducia pública son: la confianza depositada por el fideicomitente (entidad estatal), la condición de gestor profesional propio de las Sociedades Fiduciarias (ente especializado), la finalidad específica del negocio (objeto contractual claro), la temporalidad (plazo), la elasticidad (sinfín de propósitos), la remuneración (pagos a la Sociedad Fiduciaria por los servicios prestados) y la legalidad (cumplir formalidades de la contratación estatal).

Entre tanto, en lo referente a las entidades que conforman el Sector Central del Distrito Capital de Bogotá D.C. con corte a diciembre 31 de 2023, se presentaba un saldo por la suma de \$1.428.555.137.160 pesos por concepto de saldos entregados a entidades financieras, debido a la suscripción de contratos de encargo fiduciario o fiducia pública y fiducia mercantil, de diversas tipologías destacándose la fiducia de inversión, Fiducia de administración y pagos, y Derechos en Fideicomiso (Fiducia Mercantil) utilizados para fines de desarrollo de proyectos urbanísticos, movimientos del sistema de transporte de la capital o proyectos de construcción.

Se colige que las entidades con mayor participación en este tipo de negocios jurídicos corresponden al Ente Público Distrital - Sistema Integrado de Transporte Público – SITP, Secretaría Distrital de Desarrollo Económico y Secretaría Distrital del Hábitat.

Se presentan ventajas en la suscripción de contratos de fiducia pública, principalmente relacionados con la organización, el control y custodia de los recursos públicos administrados; toda vez, que la fiduciaria se encarga de rendir cuentas al constituyente, quien tiene la potestad

de verificar la información y requerir los ajustes o necesidades a la medida de las funciones de cometido estatal.

Igualmente, se presenta un alto grado de seguridad en el cuidado de los recursos públicos, contabilidad independiente a cargo de las sociedades fiduciarias que permite tener control de las operaciones y registros, disminución de carga administrativa para las entidades estatales, así como desventajas, en razón a las debilidades en el seguimiento de las obligaciones contractuales, falencias en la normatividad existente en referencia a las responsabilidades de las sociedades fiduciarias, entre otras.

Dentro de las desventajas de mayor relevancia se encuentra la complejidad para la entidad estatal de realizar verificaciones detalladas de los datos expuestos para la suscripción del contrato por parte de la Sociedad Fiduciaria; en referencia a los contratos de fiducia mercantil suscritos con ocasión de la recepción de anticipos se cambia la naturaleza de los recursos públicos a privados una vez son desembolsados por la entidad estatal, aún cuando los mismos no han sido ejecutados en la realidad, situación que no garantiza el control de la corrupción; altas tasas por los servicios prestados por la fiduciaria; mayores tiempos en trámites administrativos; recursos inmovilizados en el tiempo, evitando su uso en proyectos de inversión social; existen vacíos normativos en cuanto a las actividades precisas de las operaciones y negocios de las Sociedades Fiduciarias.

Aunado a lo anterior, se presentan falencias de carácter normativo en lo referente a la definición del patrimonio autónomo, las posibilidades de los acreedores de perseguir los bienes fideicomitidos, las excepciones a la Ley 80 de 1993 realizadas en otros actos administrativos y las propias contradicciones de la norma; las facultades del beneficiario se encuentran limitadas al clausulado contractual; debido a la naturaleza de los recursos públicos la autonomía de la

Sociedad Fiduciaria puede verse limitada, pues no se desliga completamente del derecho público; a su vez se pueden presentar dificultades para la determinación de responsabilidades en materia fiscal.

Corolario de lo anterior, tratándose del uso de la figura jurídica de fiducia en las entidades distritales del Sector Central de Bogotá D.C., es posible concluir que dadas las bondades, el auge que ha tenido a través de la historia y en aras de equiparar y modernizar el sector público con el sector privado, es viable la contratación de los servicios fiduciarios, siempre y cuando la entidad estatal proceda con la implementación de mecanismos de seguimiento y control en la totalidad de las etapas contractuales, bajo los principios que rigen la administración pública, en especial, imparcialidad, eficacia, eficiencia, responsabilidad y transparencia.

## Bibliografía

- Amaya Olaya, U. (2002). *Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales*. Bogotá: Universidad Externado.
- Arrubla Paucar, J. (2018). *Negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*. Bogotá: Editorial Temis. Obtenido de <https://www-ebooks7-24-com.ezproxy.uniandes.edu.co/stage.aspx?il=16060&pg=1&ed=>
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política de la República de Colombia. Obtenido de [http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Baena Cárdenas, L. (2017). Fiducia Inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo. *Universidad Externado de Colombia*, 188-204.
- Baena Toro, D., Hoyos Walteros, H., & Ramírez Osorio, J. (2008). *Sistema Financiero Colombiano*. Bogotá: ECOE Ediciones.
- Bahamón Jara, M. (2015). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Borrás Polania, R., & Calderón Villegas, J. (2011). *El Sistema Financiero del Siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Brewer-Carias, A. (2019). *El Control de la Administración pública y la Corrupción Institucional*. Santiago de Chile: Ediciones Olejik.
- Briceño Cardenas, E. (2021). *El hecho generador de la contribución de obra pública en el contrato de fiducia. Un análisis jurisprudencial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/7e5a01c0-69e0-4c43-a160-c0b87c908878/content>
- Cacéres Rodríguez, J. (2014). La Responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes al objeto contractual: crítica a la "delegación" de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, 1-34.
- Cardenas, L. G. (Septiembre de 2013). *REFLEXIONES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE FIDUCIARIO*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cataño Berrío, S. (2022). *El sistema negocial de la fiducia inmobiliaria de proyectos de construcción en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://www-digitaliapublishing-com.banrep.basesdedatosezproxy.com/a/125413/el-sistema-negocial-de-la-fiducia-inmobiliaria-de-proyectos-de-construccion-en-colombia-->

análisis-del-surgimiento-de-obligaciones-negociales-sistematicas-a-favor-del-beneficiario-

- Ching Ruíz, J. D. (2020). *La naturaleza jurídica de los contratos suscritos por patrimonios autónomos derivados de la celebración de contratos de fiducia mercantil por entidades públicas*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/04b2a903-106c-42d4-bb7d-f6c5adda1c10/content>
- Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, 64-78. (U. Libre, Ed.) Bogotá. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/7749>
- Contaduría General de la Nación. (2023). (F. S. D.C., Productor) Obtenido de [https://www.chip.gov.co/schip\\_rt/index.jsf](https://www.chip.gov.co/schip_rt/index.jsf)
- Contaduría General de la Nación. (s.f.). *INFORMACIÓN CONTABLE PÚBLICA - CONVERGENCIA*. Obtenido de <https://www.contaduria.gov.co/>
- Contraloría de Bogotá. (2023). [www.contraloriabogota.gov.co](http://www.contraloriabogota.gov.co). Obtenido de Informe Deuda Pública, Estado de la Tesorería e Inversiones Financieras del D.C.
- Contraloría General de la República. (22 de diciembre de 2017). Obtenido de Contraloría identificó más de \$3 billones de recursos públicos que permanecen quietos en fiducias: <https://www.contraloria.gov.co/es/w/contralor%C3%ADa-identific%C3%B3-m%C3%A1s-de-3-billones-de-recursos-p%C3%BAblicos-que-permanecen-quietos-en-fiducias>
- Corte Constitucional. (01 de marzo de 1995). Sentencia No. C-086/95. *Contrato de Fiducia Pública*. (D. V. Mesa, Ed.) Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-086-95.htm>
- De La Hoz, L. F. (2018). *Implicaciones jurídica entre fideicomiso civil, la fiducia mercantil, y la inembargabilidad de la propiedad en el territorio Colombiano*. Barranquilla: Universidad de la Costa. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dictamenlibre/article/view/8817>
- Fernández de Castro, P., & Díaz-Harráiz, E. (2021). Necesidades Sociales Básicas: Categorías Referenciales para el Diagnóstico Social. 105-134. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.30827/tsg-gsw.v11.15249>
- Fideval. (2024). *Fondos y Fideicomisos*. Obtenido de Diferencias y Semejanzas entre el Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario: <https://www.fideval.com/encargo-fiduciario/#:~:text=El%20Fideicomiso%20debe%20llevar%20una,no%20es%20un%20sujeto%20tributario>
- Galicia Aizpurua, G. (2014). *Fiducia, leasing y reserva de dominio*. Madrid: Editorial Reus.

- Giraldo Bustamante, C. (2005). La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. *Derecho Privado*, 81-114.
- Gómez Lee, I. (2014). *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*. Bogotá: Legis.
- Gómez Lee, I. D. (2014). *El control fiscal y la gestión de las entidades fiduciarias*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Riveros, G. (1998). *Estado y Fiducia en Colombia*. Bogotá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González-León, C.-A., & Bohórquez-Orduz, A. (2021). El patrimonio autónomo y la fiducia: entre las discusiones teóricas y la práctica judicial para la construcción de una dogmática fina en Colombia. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, págs. 64-78. Obtenido de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/drojanop%2C%2B03%2BEI%2Bpatrimonio%2Bautonomo.pdf>
- Hayzus, J. (2004). *Fideicomiso Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios*. Buenos Aires Argentina: Astrea.
- Legis. (2011). *Guía Jurídica de los Negocios Fiduciarios en Colombia*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Márquez Vargas, M. (2014). Revista de Derecho Privado . *La Fiducia en el Manejo de Recursos de Anticipos en los Contratos Estatales*, 4-28.
- Moreno, M. M. (22 de 08 de 2017). La evidente contradicción entre la fiducia y el abuso: Cláusulas abusivas en el contrato de fiducia. *Revista Jurídica Piélagus*, 1-26. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1556>
- Peña Castrillón, G. (1986). *La Fiducia en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis.
- Plata Sánchez, M. (2017). La Superposición del fiduciario en Latinoamérica. *Revista de Derecho Privado*, 1-33.
- Presidencia de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971). Decreto 410 de 1971. *Por el cual se expide el Código de Comercio*. Obtenido de [http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_comercio.html](http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html)
- Presidencia de la República de Colombia. (2 de abril de 1993). Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto\\_organico\\_sistema\\_financiero.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html)
- Ramírez Arias, M. A. (2022). El contrato de fiducia mercantil como forma de instrumentalización para el cumplimiento de los fines estatales. *Universidad Libre*, 51-68.
- Rengifo Garcia, E. (2006). *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Rengifo, R. (1984). *La Fiducia Legislación Nacional y Derecho Comparado*. Bogotá: Colección Pequeño Foro.
- Rodríguez Azuero, S. (1997). *La Responsabilidad del Fiduciario*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios*. Bogotá: LEGIS.
- Secretaría Distrital de Hacienda. (2018). Concepto Unificador 1 de 2018. *Rendimientos Financieros*. Obtenido de <https://sisjur.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=82468>
- Secretaría Distrital de Hacienda. (2023). *Notas a los Estados Financieros*. Bogotá. Obtenido de <https://antiguportal.shd.gov.co/shd/>
- Secretaría Jurídica Distrital. (2022). Régimen Legal de Bogotá. *Concepto 220225937 de 2022*. Bogotá. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=125418>
- Superintendencia Financiera de Colombia. (26 de febrero de 2016). Comité fiduciario, reuniones, medios de prueba. *Concepto 2016002443-001*. Obtenido de <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10086140/normativanormativa-generalboletin-juridico-superintendencia-financierarelacion-de-conceptos-10086140/>
- Superintendencia Financiera de Colombia. (29 de 12 de 2015). *Superintendencia Financiera de Colombia*. Obtenido de <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10086140/normativanormativa-generalboletin-juridico-superintendencia-financierarelacion-de-conceptos-10086140/>
- Superintendencia Financiera de Colombia. (26 de Febrero de 2016). *Concepto 2016002443-001 del 26 de febrero de 2016*. Obtenido de Cámara de Comercio de Bogotá: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/8b63b10f-f363-44bd-84c6-66c59a6b244d/content>
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2024). *Histórico información General - Sociedades Fiduciarias*. (H. i.-S. Fiduciarias, Productor) Obtenido de Histórico información General - Sociedades Fiduciarias: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/15493/industrias-supervisadaspensiones-cesantias-y-fiduciariashistorico-informacion-general-sociedades-fiduciarias-15493/>
- Vargas Balaguer, H. (2021). *Garantías modernas en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Varón Palomino, J., & Abella Abondano, G. (2013). *Derechos fiduciarios y mercado de valores*. Bogotá: Asociación de Fiduciarias de Colombia.
- Villagordoa Lozano, J. M. (1973). *Doctrina General del Fideicomiso*. Bogotá: Editorial Porrua S.A.

Wells, P. C.-S. (2016). *Derecheo Crítico*. Bogotá: Editorial Temis.