



Concepto Sala de Consulta C.E. 1502 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Definición de vínculos para la Norma: i=10510; i=10510;

PROYECTO DE URBANIZACIÓN - Alcance de la expresión / URBANIZACIÓN - Concepto / URBANISMO - Concepto / PROYECTO DE URBANISMO - Alcance de la expresión / ACTUACIÓN URBANÍSTICA PÚBLICA

Ley 388 de 1997. Un proyecto consiste básicamente en un plan para la realización de una cosa, un programa para ejecutar una idea; mientras que la palabra "urbanización" tiene dos acepciones: el núcleo residencial urbanizado y la acción y efecto de urbanizar, verbo éste que es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como "convertir en poblado una porción de terreno o prepararlo para ello, abriendo calles y dotándolas de luz, pavimento y demás servicios municipales", en otras palabras, construir un núcleo residencial, como dice el mismo diccionario, un barrio, con sus vías y servicios públicos. La porción de terreno resulta de la parcelación y por ende esta forma parte del proyecto de urbanización. Por consiguiente, esta expresión se refiere, según su sentido natural y obvio, como dispone el Código Civil, en su artículo 28, que se deben interpretar las palabras, a los planes para la construcción de conjuntos residenciales o barrios con vías y servicios, a partir de la parcelación del predio respectivo. La norma no se debe entender como alusiva a "proyectos de urbanismo", pues la palabra que emplea, de manera expresa, es "urbanización", y el urbanismo es un concepto mucho más amplio que el de urbanización, ya que, conforme lo define dicho diccionario, consiste en el "conjunto de conocimientos relativos a la creación, desarrollo, reforma y progreso de las poblaciones según conviene a las necesidades de la vida humana". El urbanismo es un concepto mucho más vasto que el de urbanización, pues ésta se refiere a la parcelación de uno o más predios y a la construcción en uno o más de ellos de un conjunto habitacional o residencial con su infraestructura, en tanto que el urbanismo se refiere a la proyección y desarrollo de espacios adecuados para una ciudad de forma ordenada, y en consecuencia, engloba el diseño armónico y la construcción articulada con la identidad y el entorno de la ciudad, de plazas, parques, calles y avenidas, urbanizaciones, edificios de apartamentos y de oficinas, zonas comerciales e industriales, colegios y universidades, hospitales y centros de salud, instalaciones militares y de policía, escenarios deportivos, en fin, todo lo que constituye una ciudad. Por ello, por esa gran diferencia de contenido, no se puede asimilar la expresión "proyectos de urbanización" a "proyectos de urbanismo", ni tomarlas como sinónimas para efectos de aplicar o extender el inciso final del aludido artículo 36 a los proyectos de urbanismo.

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN - Aplicación en el Distrito Capital de manera integral / DISTRITO CAPITAL - Aplicación del estatuto general de contratación de la administración pública / CONTRATO ESTATAL - Aplicación del estatuto general de contratación al Distrito Capital

El estatuto general de contratación de la administración pública, la ley 80 de 1993, tiene plena aplicación en el Distrito Capital, por cuanto esta ley contiene las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (art. 1º) y dentro de éstas, se menciona expresamente al Distrito Capital (art. 2º-1º-a). La disposición del artículo 144 del decreto con fuerza de ley 1421 de 1993, que constituye el régimen especial del Distrito Capital, según la cual las normas del estatuto general de contratación pública se aplican en el Distrito y sus entidades descentralizadas "en todo aquello que no regule el presente decreto", no es óbice para que la ley 80 se le aplique al Distrito, y de manera integral, no supletiva. La especialidad del estatuto de Bogotá no significa que sus normas de contratación primen sobre las del estatuto general, dado que éste regula de manera integral la materia, sin que sea exhaustivo, pues existen normas complementarias, dada la variedad y complejidad de los temas contractuales, y en consecuencia, tiene prevalencia sobre las normas del Distrito en este campo, de conformidad con el principio de integralidad normativa establecido por el artículo 3º de la ley 153 de 1887. De hecho, el párrafo del mismo artículo 144 del decreto 1421 de 1993 quiso enmendar en cierta forma, lo dispuesto por su inciso primero, cuando dispuso en la parte inicial, que "las normas del estatuto general de la contratación pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación, inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto", con lo cual se confirma la aplicabilidad de la que fuera posteriormente expedida ley de contratación de la administración pública, la ley 80.

CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - Ejecución del proyecto de urbanización. Prohibición de subcontratar / PROYECTO DE URBANIZACIÓN - Ejecución mediante contrato de fiducia mercantil. Prohibición de subcontratar / DISTRITO CAPITAL - Ejecución de proyecto de urbanización. Contrato de fiducia mercantil / PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL - Ejecución del proyecto. Contrato de fiducia mercantil. Prohibición de subcontratar / CONTRATACIÓN ESTATAL - Ejecución de proyectos de urbanización. Contratos de fiducia mercantil. Adjudicación de los subcontratos.

Las entidades distritales que participen en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, pueden celebrar contratos de fiducia mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 36 de la ley 388 de 1997. Cuando se celebren los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública contemplados en el numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, no se puede otorgar a la sociedad fiduciaria la facultad de adjudicar los subcontratos, esto es, los contratos derivados de aquellos, por expresa prohibición de la misma norma. En los contratos de fiducia mercantil, existe libertad de las partes para acordar cuál de ellas tiene la facultad de adjudicar dichos subcontratos.

NOTA DE RELATORÍA: 1) Con salvamento parcial de voto de la Dra. Susana Montes de Echeverri. 2) Autorizada la publicación con oficio 1040 de 22 de octubre de 2003.

Ver el art. 36, Ley 388 de 1997

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil tres (2003).-

Radicación número: 1502

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: CONTRATACIÓN ESTATAL. Ejecución de proyectos de urbanización. Contratos de fiducia mercantil. Adjudicación de los subcontratos.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Fernando Londoño Hoyos, a solicitud del doctor Israel Fainboim, Alcalde Mayor (E.) de Bogotá D.C., formuló a la Sala la siguiente consulta :

1. Cuál es el alcance de la expresión "proyectos de urbanización" a que se refiere el artículo 36 de la Ley 388 de 1997, podría entenderse este término como sinónimo de "proyectos de urbanismo"?
2. Pueden las entidades del orden distrital, cuyo objeto se enmarca dentro de los parámetros establecidos en la Ley 388 de 1997, celebrar contratos de fiducia en los términos del inciso final del artículo 36 de la citada disposición?
3. Es viable celebrar contratos de fiducia o encargos fiduciarios en los cuales pueda otorgarse a la fiduciaria la facultad de adjudicar los contratos que surjan como consecuencia de aquellos?

1. CONSIDERACIONES

1.1. El artículo 36 de la ley 388 de 1997.

La ley 388 del 18 de julio de 1997, "Por la cual se modifica la ley 9^a de 1989 y la ley 3^a de 1991 y se dictan otras disposiciones", es más conocida como la ley de los planes de ordenamiento territorial (POT), que deben implementar los municipios y distritos, con la finalidad de lograr una adecuada utilización del espacio y un desarrollo armónico que faciliten el progreso socioeconómico de la población y preserven el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales del lugar.

El artículo 136 de la misma señala su ámbito de aplicación en la siguiente forma:

"Las normas contenidas en la presente ley, son aplicables a los municipios, distritos especiales, Distrito Capital y al departamento especial de San Andrés y Providencia".

Como el artículo 36 de esta ley es el que origina la consulta, conviene conocer su texto completo, el cual es el siguiente:

"Actuación urbanística pública.- Son actuaciones urbanísticas la parcelación, urbanización y edificación de inmuebles. Cada una de estas actuaciones comprenden (sic) procedimientos de gestión y formas de ejecución que son orientadas por el componente urbano del plan de ordenamiento y deben quedar explícitamente reguladas por normas urbanísticas expedidas de acuerdo con los contenidos y criterios de prevalencia establecidos en los artículos 13, 15, 16 y 174346 de la presente ley.

Estas actuaciones podrán ser desarrolladas por propietarios individuales en forma aislada por grupos de propietarios asociados voluntariamente o de manera obligatoria a través de unidades de actuación urbanística, directamente por entidades públicas o mediante formas mixtas de asociación entre el sector público y el sector privado.

Cuando por efectos de la regulación de las diferentes actuaciones urbanísticas los municipios, distritos y las áreas metropolitanas deban realizar acciones urbanísticas que generen mayor valor para los inmuebles, quedan autorizados a establecer la participación en plusvalía en los términos que se establecen en la presente ley. Igualmente, las normas urbanísticas establecerán específicamente los casos en que las actuaciones urbanísticas deberán ejecutarse mediante la utilización del reparto de cargas y beneficios tal como se determina en el artículo 3847 de esta ley.

En el evento de programas, proyectos y obras que deban ejecutar las entidades públicas, como consecuencia de actuaciones urbanísticas que le (sic) sean previstas en los planes de ordenamiento o en los instrumentos que los desarrollos, las entidades municipales y distritales competentes sin perjuicio de su realización material por particulares, podrán crear entidades especiales de carácter público o mixto para la ejecución de tales actuaciones, de conformidad con las normas legales generales y con las especiales contenidas en la presente ley y en la ley 142 de 1994.

Igualmente las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrán participar en la ejecución de proyectos de urbanización y

~~programas de vivienda de interés social mediante la celebración, entre otros, de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del~~

Concepto Sala de Consulta C.E. 1502 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5º del artículo 3248 de la ley 80 de 1993" (destaca la Sala).

La consulta se refiere concretamente al último inciso, para determinar el alcance de la expresión "proyectos de urbanización", la contratación de la fiducia y la celebración de los subcontratos de ésta, por lo cual es procedente abordar estos temas en el mismo orden.

1.2. La expresión "proyectos de urbanización".

El inciso final del citado artículo faculta a las entidades municipales y distritales para celebrar contratos de fiducia, de acuerdo con las normas del Código de Comercio, con miras a la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social.

Un proyecto consiste básicamente en un plan para la realización de una cosa, un programa para ejecutar una idea; mientras que la palabra "urbanización" tiene dos acepciones: el núcleo residencial urbanizado y la acción y efecto de urbanizar, verbo éste que es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como "convertir en poblado una porción de terreno o prepararlo para ello, abriendo calles y dotándolas de luz, pavimento y demás servicios municipales", en otras palabras, construir un núcleo residencial, como dice el mismo diccionario, un barrio, con sus vías y servicios públicos. La porción de terreno resulta de la parcelación y por ende esta forma parte del proyecto de urbanización.

Por consiguiente, esta expresión se refiere, según su sentido natural y obvio, como dispone el Código Civil, en su artículo 28, que se deben interpretar las palabras, a los planes para la construcción de conjuntos residenciales o barrios con vías y servicios, a partir de la parcelación del predio respectivo.

La norma no se debe entender como alusiva a "proyectos de urbanismo", pues la palabra que emplea, de manera expresa, es "urbanización", y el urbanismo es un concepto mucho más amplio que el de urbanización, ya que, conforme lo define dicho diccionario, consiste en el "conjunto de conocimientos relativos a la creación, desarrollo, reforma y progreso de las poblaciones según conviene a las necesidades de la vida humana".

Precisamente, el artículo 3º de la ley 388 enumera los fines que debe cumplir el urbanismo, los cuales requieren para su realización, una planificación integral y un desarrollo coherente de las ciudades y poblaciones.

Este artículo establece lo siguiente:

"Función pública del urbanismo.- El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines:

1.Positivar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios.

2.Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible.

3.Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural.

4.Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales".

El urbanismo es pues, un concepto mucho más vasto que el de urbanización, pues ésta se refiere a la parcelación de uno o más predios y a la construcción en uno o más de ellos de un conjunto habitacional o residencial con su infraestructura, en tanto que el urbanismo se refiere a la proyección y desarrollo de espacios adecuados para una ciudad de forma ordenada, y en consecuencia, engloba el diseño armónico y la construcción articulada con la identidad y el entorno de la ciudad, de plazas, parques, calles y avenidas, urbanizaciones, edificios de apartamentos y de oficinas, zonas comerciales e industriales, colegios y universidades, hospitales y centros de salud, instalaciones militares y de policía, escenarios deportivos, en fin, todo lo que constituye una ciudad.

Por ello, por esa gran diferencia de contenido, no se puede asimilar la expresión "proyectos de urbanización" a "proyectos de urbanismo", ni tomarlas como sinónimas para efectos de aplicar o extender el inciso final del aludido artículo 36 a los proyectos de urbanismo.

De hecho, se advierte en la historia de la ley 388, que en el curso de los debates legislativos, se restringió el alcance de los contratos de fiducia, que se autorizaban por la norma que finalmente vendría a ser el último inciso del artículo 36.

En efecto, se pasó de los objetivos iniciales de tales contratos, consistentes en que éstos se podían celebrar "para el desarrollo de las actuaciones urbanísticas y los programas de vivienda de interés social"¹, a que los mismos estaban destinados a "la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social"², como quedó en la norma definitiva, con lo cual el legislador redujo la autorización de los contratos de fiducia mercantil a las dos últimas finalidades anotadas, no pudiéndose extender a otras, como la realización de proyectos de urbanismo.

Todo lo anterior sin perjuicio de que las entidades públicas puedan participar en proyectos de urbanismo en la forma señalada en los incisos 2º y 4º del artículo 36 comentado.

1.3. La celebración de contratos de fiducia mercantil, autorizada por el inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997.

En este punto es necesario señalar, inicialmente, que el estatuto general de contratación de la administración pública, la ley 80 de 1993, tiene plena aplicación en el Distrito Capital, por cuanto esta ley contiene las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (art. 1º) y dentro de éstas, se menciona expresamente al Distrito Capital (art. 2º-1º-a).

La disposición del artículo 144 del decreto con fuerza de ley 1421 de 1993³, que constituye el régimen especial del Distrito Capital, según la cual las normas del estatuto general de contratación pública se aplican en el Distrito y sus entidades descentralizadas "en todo aquello que no regule el presente decreto", no es óbice para que la ley 80 se le aplique al Distrito, y de manera integral, no supletiva.

En efecto, la ley 80 fue expedida el 28 de octubre de 1993 y la casi totalidad de sus normas entró a regir el 1º de enero de 1994 (art. 81 inciso tercero) mientras que la vigencia del decreto 1421 se inició el 22 de julio de 1993. En consecuencia, la ley 80 es posterior y prevalece sobre el decreto 1421, de acuerdo con el artículo 2º de la ley 153 de 1887, en concordancia con los artículos 71 y 72 del Código Civil.

La especialidad del estatuto de Bogotá no significa que sus normas de contratación primen sobre las del estatuto general, dado que éste regula de manera integral la materia, sin que sea exhaustivo, pues existen normas complementarias, dada la variedad y complejidad de los temas contractuales, y en consecuencia, tiene prevalencia sobre las normas del Distrito en este campo, de conformidad con el principio de integralidad normativa establecido por el artículo 3º de la ley 153 de 1887.

De hecho, el párrafo del mismo artículo 144 del decreto 1421 de 1993 quiso enmendar en cierta forma, lo dispuesto por su inciso primero, cuando dispuso en la parte inicial, que "las normas del estatuto general de la contratación pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación, inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto", con lo cual se confirma la aplicabilidad de la que fuera posteriormente expedida ley de contratación de la administración pública, la ley 80.

En síntesis, la ley 80 de 1993 tiene plena aplicabilidad sobre el Distrito Capital de Bogotá y sus entidades descentralizadas y consiguientemente, su artículo 32 numeral 5º referente a los encargos fiduciarios y la fiducia pública, respecto de la cual la Sala se ha pronunciado en varias ocasiones, como por ejemplo, en el Concepto No. 1074 del 4 de marzo de 1998, y la cual se distingue fundamentalmente de la fiducia mercantil, en que no implica transferencia del dominio de los bienes o recursos estatales, ni constituye un patrimonio autónomo, distinto del de la entidad oficial y del de la sociedad fiduciaria.

Ahora bien, resulta claro que el inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997 estableció una excepción al régimen de contratación estatal de fiducia, y por lo mismo, es de interpretación restrictiva, lo cual trae como consecuencia que esta norma es aplicable únicamente para los fines expresados en la misma, vale decir, la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social.

Las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas que persigan tales fines, se encuentran habilitadas para celebrar los contratos de fiducia que autoriza la mencionada norma, los cuales han de entenderse de fiducia mercantil, puesto que la norma expresa que se celebrarán con sujeción a las reglas generales y "del derecho comercial", lo cual se reafirma con la expresión siguiente de la norma, "sin las limitaciones y las restricciones previstas en el numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993".

Ahora bien, es necesario hacer un comentario sobre la Empresa de Renovación Urbana que se menciona en el texto de la consulta.

En el caso de la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá D.C., creada por medio del Acuerdo 33 del 10 de noviembre de 1999 del Concejo Distrital, como una empresa industrial y comercial del Distrito Capital, vinculada a la Alcaldía Mayor de Bogotá, se observa que su objeto consiste en "gestionar, liderar, promover y coordinar, mediante sistemas de cooperación, integración inmobiliaria o reajuste de tierras, la ejecución de actuaciones urbanas integrales para la recuperación y transformación de sectores deteriorados del suelo urbano, mediante programas de renovación y desarrollo urbano, y para el desarrollo de proyectos estratégicos en suelo urbano y de expansión con el fin de mejorar la competitividad de la ciudad y la calidad de vida de sus habitantes" (art. 2º, resalta la Sala), sin que pueda ejecutar en forma directa obras de urbanismo (parágrafo art. 2º).

El Acuerdo, en su artículo 3º, señala que se entiende por actuación urbana integral la determinada por el artículo 113 de la ley 388 de 1997, la cual consiste básicamente, en el desarrollo de los proyectos derivados de las estrategias del respectivo plan de ordenamiento territorial.

Como se desprende de estas disposiciones y de las funciones y facultades enumeradas en el artículo 4º del Acuerdo, la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá D.C. dirige su acción, fundamentalmente, a la ejecución de proyectos de urbanismo, sin que pueda realizar directamente las obras, para lo cual puede acudir a las diversas clases de contratos que le permite celebrar, mediante los procedimientos de selección objetiva aplicables, la ley 80 de 1993, la cual, en el artículo 32, remite a "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones" previstos en el derecho privado o en normas especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero en cuanto se refiere a los contratos de fiducia, ésta debe ser la fiducia pública, con las características establecidas en el numeral 5º del mismo artículo.

La autorización de celebrar contratos de fiducia mercantil, se reitera, en el tema analizado, está limitada a dos fines: a la ejecución de proyectos de urbanización, a partir de la parcelación de uno o más predios, y realización de programas de vivienda de interés social.

En cambio, para realizar proyectos de urbanismo, las entidades estatales competentes, comprendida la Empresa de Renovación Urbana de Bogotá D.C., pueden acudir a diversos contratos, entre los cuales se encuentra el de fiducia pública, reglamentado de manera específica por la ley 80.

1.4. La adjudicación de los subcontratos.

En desarrollo del encargo fiduciario y el contrato de fiducia, con frecuencia, se requiere celebrar varios contratos para cumplir con la finalidad propuesta por el negocio jurídico.

La consulta se refiere a si es viable otorgar a la sociedad fiduciaria la facultad de adjudicar estos subcontratos, para lo cual se debe distinguir:

a) Si se trata del encargo fiduciario o el contrato de fiducia pública, contemplados en el numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, existe prohibición para las entidades públicas fideicomitentes de delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los subcontratos, conforme lo establece expresamente el inciso tercero de dicha norma, en concordancia con lo dispuesto por el inciso sexto de la misma.

b) Si se trata de un contrato de fiducia mercantil, existe libertad de las partes para pactar al respecto, de conformidad con lo establecido por los artículos 822, 864 y 1234 del Código de Comercio, norma esta última que señala los deberes indelegables de la sociedad fiduciaria, "además de los previstos en el acto constitutivo", con lo cual deja margen para que en el contrato se acuerden otros adicionales.

Esta apreciación se encuentra ratificada, en el caso del tema analizado, por la disposición que contiene el inciso final del artículo 36 de la ley 388 de 1997, en el sentido de que el contrato de fiducia mercantil que éste autoriza, se confiere para celebrarlo "sin las limitaciones y las restricciones previstas en el numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993", de manera que está levantando, en este caso específico, la prohibición de delegar la adjudicación de los subcontratos en la fiduciaria. Por tanto, puede delegar dicha facultad pero para seleccionar el subcontratista correspondiente, dada la inversión de recursos públicos, debe aplicar el estatuto de contratación pública (ley 80 de 1993).

Se debe observar que en cualquiera de los dos casos, la fiduciaria tiene el compromiso de cumplir a cabalidad con sus obligaciones, para lograr la finalidad de la fiducia, al punto de que responde hasta de la culpa leve en el desarrollo de su gestión (art. 1243 C. de Co.).

También en ambos casos, los subcontratos no pueden constituirse en un mecanismo de elusión de lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución, en torno a la prohibición de dar auxilios o donaciones de recursos estatales a personas naturales o jurídicas de derecho privado, por la misma norma constitucional que se aplica como mandato superior y lo establecido por el inciso noveno del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80.

2. LA SALA RESPONDE

2.1 El último inciso del artículo 36 de la ley 388 de 1997 se refiere expresamente a proyectos de urbanización, lo cual significa que son proyectos de parcelación de uno o más predios y la construcción de viviendas, con calles pavimentadas, andenes y servicios públicos domiciliarios. Esta expresión no es sinónima de proyectos de urbanismo.

2.2 Las entidades distritales que participen en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, pueden celebrar contratos de fiducia mercantil, de conformidad con lo dispuesto por la norma citada en el punto precedente.

2.3 Cuando se celebren los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública contemplados en el numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, no se puede otorgar a la sociedad fiduciaria la facultad de adjudicar los subcontratos, esto es, los contratos derivados de aquellos, por expresa prohibición de la misma norma. En los contratos de fiducia mercantil, existe libertad de las partes para acordar cuál de ellas tiene la facultad de adjudicar dichos subcontratos.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CÉSAR HOYOS SALAZAR
Presidente de la Sala

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI
AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

ACLARACION DE VOTO

Consejera: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Radicación número: 1502

Magistrado Ponente: Cesar Hoyos Salazar

Aunque comproto íntegramente el concepto emitido por la Sala el día 4 de julio del presente año para absolver la consulta concreta formulada por el Señor Ministro del Interior y de justicia, la cual fue radicada en la Secretaría bajo el número 1.502, con el debido respeto por la opinión mayoritaria me permito disentir de algunas de las consideraciones consignadas en el texto, en cuanto allí se considera que la constitución de patrimonios autónomos requiere expresa y previa autorización del legislador, esto es, que solo y por excepción puede la administración pública celebrar contratos de fiducia mercantil, en aquellas hipótesis expresamente señaladas por la ley, al paso que en mi opinión, siguiendo en ello la tesis expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-086/95, de fecha marzo primero de 1.995, la ley 80 de 1.993 no prohibió la celebración de contratos de fiducia mercantil y apenas si creó una categoría nueva y diferente de contratos, la cual reguló especialmente en el

artículo 32, numeral 5.

En efecto, el párrafo primero del artículo 32 expresamente indica que las entidades estatales cobijadas por el Estatuto General de Contratación Estatal podrán celebrar todos los contratos " (...) previstos en derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)"", por lo cual, a mi juicio, es claro que no se prohibió ninguna modalidad contractual y apenas por vía de ejemplo, se indicaron algunos de los posibles contratos que aquella pueden celebrar.

Julio 10 de 2.003

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Notas de pie de página:

1. Inciso segundo del art. 38 "Actuación pública asociada". Pág. 21 de la Gaceta del Congreso No. 466 del 13 de diciembre de 1995. Ponencia para primer debate en el Senado (Proyectos de ley Nos. 52 y 95 (acumulados) /95 - Senado).

2. Inciso segundo del art. 36 "Actuación urbanística pública". Pág. 17 de la Gaceta del Congreso No. 64 del 1° de abril de 1997. Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes (Proyecto de ley No. 102/96 -Cámara). Sobre esta norma, la justificación del pliego de modificaciones de la ponencia, señala simplemente: "Actuación urbanística pública: corresponde a una adaptación del artículo 38 anterior" (pág. 30 Gaceta No. 64).

3. Cabe observar que resulta más preciso llamar al decreto 1421 de 1993, "decreto con fuerza de ley" antes que "decreto ley", pues no fue expedido en virtud de facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el Congreso, conforme el numeral 10º del artículo 150 de la Constitución (y por ello, la Corte Constitucional no conoció de las demandas de inexequibilidad contra sus normas, habiéndole correspondido al Consejo de Estado la tramitación de las respectivas acciones de nulidad), sino que fue dictado con base en las atribuciones especiales que le confirió al Presidente, el artículo 41 transitorio de la Carta, ante la falta de expedición del estatuto de Bogotá D.C. por el Congreso en los dos años siguientes a la promulgación de la Constitución. Sobre el mencionado artículo 144 del decreto 1421 se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de marzo 3 de 1995, expediente 2692, en el sentido de no acceder a la pretensión de nulidad invocada contra el mismo.

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 08:12:06