

Bogotá, D.C., febrero de 2026.

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
M.P. LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ
Ciudad

Expediente: D-16992

Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Omar Eduardo Suárez Gómez, contra los artículos 73, 279, 307 y 329 (parciales) de la Ley 2294 de 2023 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”

Concepto No.: 7540

De acuerdo con lo establecido en los artículos 242, numeral 2, y 278, numeral 5, de la Constitución Política, procedo a rendir el concepto de rigor, en relación con la acción pública de inconstitucionalidad presentada ante esa Corporación por el ciudadano Omar Eduardo Suárez Gómez, contra algunas expresiones contenidas en los artículos 73, 279, 307 y 329 de la Ley 2294 de 2023.

I. ANTECEDENTES

El 6 de octubre de 2025, el ciudadano Omar Eduardo Suárez Gómez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó los apartes subrayados de los artículos 73, 279, 307 y 329 de la Ley 2294 de 2023, por considerar que desconocen los artículos 13, 209 y 333 de la Constitución. A continuación, se transcriben y se subrayan los apartes demandados:

“ARTÍCULO 73. PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA Y EL EMPRENDIMIENTO DE LA MUJER. Transfórmese el Fondo Mujer Emprende, creado mediante el Decreto Legislativo 810 de 2020 y la Ley 2069 de 2020, en el Fondo para la Promoción de la Autonomía y el Emprendimiento de la Mujer, el cual se denominará Mujer Libre y Productiva, tendrá vocación de permanencia y la Naturaleza jurídica de un patrimonio autónomo constituido mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil por parte del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y una sociedad fiduciaria de carácter público seleccionada directamente por dicho Departamento Administrativo (...)

ARTÍCULO 279. Modifíquese el artículo 250 de la Ley 1955 de 2019, el cual quedará así:

Artículo 250. Pactos Territoriales. Los departamentos, los municipios, los Esquemas Asociativos Territoriales y la Nación podrán suscribir Pactos Territoriales, definidos como un instrumento de articulación para la concertación de inversiones estratégicas de alto impacto que contribuyan a consolidar el desarrollo regional definido en el Plan Nacional de Desarrollo y la construcción de la Paz Total, promoviendo para ello, la adopción de metodologías con enfoque de género a través del trabajo articulado con la

Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, y la concurrencia de recursos del orden nacional y territorial, público, privado y/o de cooperación internacional, bajo la coordinación del Departamento Nacional de Planeación.

Para la correcta implementación del presente artículo, a partir de la expedición del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, “Colombia, Potencia Mundial de la Vida”, transfórmese el Fondo Regional para los Pactos Territoriales a un patrimonio autónomo constituido mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil por parte del Departamento Nacional de Planeación y una sociedad fiduciaria de carácter público seleccionada directamente por dicho Departamento Administrativo. El objeto de este patrimonio autónomo será recibir, administrar y ejecutar los recursos destinados a la implementación de los pactos territoriales, incluyendo los que ya se encuentren en el Fondo Regional para los Pactos Territoriales (...)

ARTÍCULO 307. Modifíquese el artículo 21 de la Ley 1558 de 2012, el cual quedará así:

Artículo 21. El Fondo Nacional de Turismo (FONTUR) es un patrimonio autónomo, sin personería jurídica, regido por normas de derecho privado, con la función de administrar los recursos señalados en los artículos 1o y 8o de la Ley 1101 de 2006, así como los asignados en el Presupuesto General de la Nación para la infraestructura turística, promoción y la competitividad turística, el recaudo del impuesto 01 <sic> turismo, la contribución parafiscal para la promoción del turismo y las demás fuentes de recursos que señale la ley.

FONTUR será administrado por la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A., o la sociedad fiduciaria que determine el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de acuerdo con los lineamientos que fijen este. La administración y operación del Patronio autónomo será financiada con cargo a los recursos del FONTUR.

Los recursos del impuesto al turismo, que administra FONTUR, se presupuestarán como una transferencia en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para cada vigencia.

Artículo 329. Fondo “Colombia Potencia Mundial de la Vida”. Créese el Fondo “Colombia Potencia Mundial de la Vida” como un patrimonio autónomo, administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual celebrará un contrato de fiducia mercantil con la sociedad fiduciaria pública que este designe, la cual adelantará el soporte operativo del patrimonio autónomo. El objeto de este Fondo será la administración eficiente de los recursos destinados al desarrollo de proyectos para el sector de agua y saneamiento básico, transición energética e industrial y reforma rural integral. Para tal efecto, el fondo contará con un comité fiduciario y constituirá las subcuentas necesarias para la adecuada administración de los recursos. Cada una de estas subcuentas tendrá su propio comité de administración sectorial en aras de una gobernanza autónoma e independiente en atención a la naturaleza y destinación de los recursos de cada subcuenta, de conformidad con el principio de especialización de que trata el artículo 18 del Decreto 111 de 1996 - Estatuto Orgánico de Presupuesto”.

El accionante solicitó la declaratoria de inexequibilidad parcial de los artículos 73, 279, 307 y 329 de la Ley 2294 de 2023, al considerar que transgreden los principios de la función administrativa (artículo 209), el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 13), la libertad económica, la libre competencia (artículo 333) y el bloque de constitucionalidad (artículo 93), al limitar de manera exclusiva el ejercicio de la actividad fiduciaria a entidades de naturaleza pública, excluyendo a las sociedades fiduciarias privadas.

La magistrada sustanciadora, mediante Auto del 30 de octubre de 2025, inadmitió la demanda por no cumplir los requisitos del concepto de violación, pues los cargos no cumplían con los mínimos de especificidad, pertinencia y suficiencia exigidos por la jurisprudencia constitucional. En particular, advirtió que algunos reproches se fundaron en proposiciones jurídicas inferidas o se apoyaron en argumentos de conveniencia sin ser objetivos o verificables.

El 7 de noviembre de 2025, el demandante presentó el escrito de corrección, en el que reformuló los cargos inicialmente propuestos de la siguiente manera:

El primer cargo, planteó la vulneración de los principios de la función administrativa, ya que, a juicio del demandante, las normas acusadas desconocen el principio de imparcialidad, porque sustituyen la selección objetiva, que es el único mecanismo constitucionalmente legítimo para la escogencia de los contratistas. En cambio, aplican un privilegio legal basado exclusivamente en la naturaleza jurídica del oferente y, con ello, se prescinde de toda comparación objetiva entre alternativas reales.

Igualmente, se vulnera el principio de economía porque, al excluir a la mayoría de las entidades fiduciarias habilitadas por la ley, se impide que la Administración acceda a condiciones más ventajosas en términos de costos, estructura de tarifas y eficiencia operativa, con lo cual se genera una carga fiscal mayor que no persigue ningún fin constitucional válido.

Asimismo, se lesiona el principio de eficacia, pues las disposiciones acusadas restringen a las entidades estatales a una única opción, a pesar de que otras fiduciarias puedan ofrecer mejores medios técnicos para la consecución de los fines del Estado y, además, operan bajo un régimen de vigilancia idéntico.

Conforme a ello, el accionante indicó que las normas acusadas no solo limitan la libre competencia, sino que suprimen los mecanismos constitucionales de selección objetiva, produciendo una violación directa, concreta y verificable de los señalados principios establecidos en el artículo 209 Superior.

Como segundo cargo, planteó la violación del derecho a la igualdad, pues el actor advirtió que la exigencia contenida en las disposiciones demandadas, al circunscribir la administración de recursos públicos únicamente a entidades de naturaleza o carácter público y a la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A., introduce una restricción desproporcionada e injustificada que vulnera de manera directa el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política, pues las expresiones cuestionadas excluyen a las fiduciarias privadas sin que exista un fin constitucionalmente legítimo para ello.

En ese sentido, el actor aplicó un *test* intermedio para demostrar la vulneración alegada y sostuvo que la medida no es idónea, ya que la diferencia entre el fiduciario

privado y público es meramente formal y no implica que el primero carezca de idoneidad por el solo hecho de tener capital privado. Por otra parte, en cuanto a la necesidad de la medida, resaltó que existen medios menos restrictivos para alcanzar los fines propuestos como puede ser la selección objetiva mediante licitación abierta o el concurso de méritos, lo que permite la participación de todas las fiduciarias vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, seleccionando la más idónea, sin sacrificar la libre competencia.

Asimismo, indicó que el sacrificio generado por la medida es superior al de los beneficios esperados, pues no existe una norma que exija a las fiduciarias públicas mayores estándares de solvencia, experiencia o transparencia que a las privadas. Por ende, las disposiciones demandadas establecen un privilegio a favor de un grupo económico que causa detrimento respecto de otros grupos, con base en un criterio irrelevante para el objeto contractual. De ahí que se genera una discriminación hacia el sector privado.

Como tercer cargo, el accionante planteó la vulneración de la libertad económica y de la libre competencia, pues el artículo 333 constitucional impone al Legislador un doble deber: (i) no establecer restricciones injustificadas a la actividad económica y (ii) evitar prácticas que generen posiciones dominantes o restrinjan la libre concurrencia en los mercados. Así, al atribuir exclusivamente a las sociedades fiduciarias de naturaleza pública la administración de los recursos allí previstos, se introduce una barrera de acceso al mercado que impide la participación de sociedades fiduciarias privadas, aunque se encuentren en condiciones de idoneidad y se sometan al mismo régimen de vigilancia estatal, impidiendo la posibilidad de evaluar otras ofertas.

Finalmente, el cuarto cargo formulado consistió en el desconocimiento del bloque de constitucionalidad, principalmente de: (i) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención (PIDESC), que en sus artículos 6 y 26, establece el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido, así como el derecho a la igualdad; (ii) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que en el artículo 24 consagra el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación y (iii) el Acuerdo de Integración Subregional Andino, que compromete al Estado colombiano a garantizar la libre competencia y la igualdad de condiciones para los agentes económicos en la subregión.

El demandante sostuvo que las disposiciones acusadas desconocen los compromisos internacionales al reservar la contratación fiduciaria exclusivamente a fiduciarias públicas, generando una barrera de entrada injustificada y una distorsión del mercado, lo cual es incompatible con la finalidad del Acuerdo de Cartagena y con las prohibiciones y el marco interpretativo de la Decisión 285, lo que contraría abiertamente la Constitución.

Por lo expuesto, solicitó declarar inexecutable las expresiones demandadas de los artículos 73, 279, 307 y 329 (parciales) de la Ley 2294 de 2023 y subsidiariamente, su exequibilidad condicionada, bajo el entendido que las normas no impiden la contratación con sociedades fiduciarias privadas debidamente autorizadas y vigiladas; o su inexecutable diferida hasta que el Congreso de la República regule un mecanismo objetivo de selección de fiduciarias en un plazo de seis meses. Asimismo, solicitó la suspensión provisional de los efectos de las expresiones demandadas.

La magistrada ponente, mediante Auto del 25 de noviembre de 2025, admitió la demanda al considerar que los cargos expuestos cumplen con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, permitiendo delimitar el problema jurídico a examinar en el marco de un juicio abstracto de constitucionalidad.

En el mismo auto, se ordenó fijar en lista la disposición acusada para permitir la intervención ciudadana y se dispuso a correr traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que rindiera concepto en los términos del numeral 5 del artículo 278 de la Constitución Política. Esta decisión fue comunicada a la Procuraduría mediante Oficio No. 410 del 4 de diciembre de 2025.

II. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir respecto de la presente acción pública de inconstitucionalidad, por cuanto cuestiona apartes de la Ley 2294 de 2023. En esa medida, se encuentra en el supuesto del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, en tanto la demanda se dirige contra una ley de la República.

III. CUESTIÓN PREVIA

A. MANIFESTACIÓN DE TRANSPARENCIA

El expediente de la referencia versa sobre una demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes de los artículos 73, 279, 307 y 329 de la Ley 2294 de 2023 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 ‘Colombia Potencia Mundial de la Vida’* por considerarse contrarios a la Constitución Política.

Teniendo en cuenta que el artículo 278 de la Constitución Política me impone el deber de rendir concepto en todos los procesos de constitucionalidad, estimo necesario realizar la presente manifestación de transparencia, pues pese a que no me encuentro formalmente inmerso en una causal de impedimento, en mi otrora calidad de secretario general del Senado de la República, participé en el trámite de expedición del proyecto de ley 274/23 Senado- 338/23 Cámara que dio origen a la Ley 2294 de 2023.

A lo largo del procedimiento legislativo otorgué constancia del texto aprobado en la plenaria del Senado, realicé actuaciones encaminadas a garantizar el principio de publicidad del trámite y suscribí, junto con el presidente del Senado, el cuerpo normativo finalmente sancionado por el presidente de la República.

Si bien, en otras oportunidades me he declarado impedido por haber participado en el trámite legislativo de las normas objeto de control por parte de la Corte Constitucional, el Alto Tribunal ya ha fijado algunas pautas que permiten determinar cuándo dicha conducta no ha sido determinante para la expedición de la norma.

En el caso concreto, la Corte Constitucional, mediante Auto 895 de 2025, estableció que, si bien participé en el proceso de formación de la norma objeto de control, en tanto ejercí las funciones propias de mi cargo como secretario general del Senado, lo cierto es que dicha intervención no fue activa ni determinante en el proceso de formación de la norma acusada, ni guardaba relación con el asunto que la Corte debía resolver. En consecuencia, la Sala Plena concluyó que no se había demostrado

alguna circunstancia que comprometiera mi independencia o imparcialidad para emitir concepto sobre la constitucionalidad de la norma.

En esta ocasión, al revisar el contenido de la demanda D-16992 y del auto admisorio, no hay duda sobre la naturaleza de los cargos propuestos. Se trata de planteamientos de fondo o sustanciales, que, en principio, no tienen ninguna conexión con las funciones que ejercí como secretario general del Senado de la República y, por tanto, estas últimas no guardan relación con la materia que le corresponde conocer a la Corte.

Finalmente, estimo pertinente aclarar que formulo la presente manifestación de transparencia con el objetivo de advertir a la Corte que participé en la expedición de la Ley 2294 de 2023, pero mis actuaciones no fueron activas ni determinantes y por tanto no comprometen mi independencia e imparcialidad. Así mismo, se pone de presente con el propósito de salvaguardar la celeridad y el buen funcionamiento de la administración de justicia y evitar dilaciones en este proceso.

B. INEPTITUD DE LA DEMANDA

Ineptitud del cuarto cargo formulado: vulneración del bloque de constitucionalidad.

El cargo planteado por el accionante contra los artículos 73, 279, 307 y 329 (parciales) de la Ley 2294 de 2023 por la presunta vulneración al bloque de constitucionalidad, adolece de ineptitud sustantiva por cuanto no cumple con los requisitos mínimos exigidos para provocar un pronunciamiento de fondo de constitucionalidad.

En el caso objeto de examen, el accionante se limitó a llevar a cabo una referencia genérica a instrumentos internacionales, sin que el cargo planteado permita verificar una contradicción normativa directa, susceptible de ser examinada bajo un juicio de constitucionalidad. Así, el demandante sostiene que las expresiones acusadas desconocen el bloque de constitucionalidad, particularmente los artículos 6 y 26 del PIDESC; el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) y la Decisión 285 de la Comunidad Andina.

No obstante, del análisis del escrito de la demanda y su posterior corrección, se advierte que el reproche se limita únicamente a afirmar que la reserva de la administración fiduciaria a entidades públicas genera una barrera de entrada, la distorsión del mercado, la afectación a la libre competencia y una afectación a la igualdad, sin desarrollar el contenido normativo de cada uno de los instrumentos internacionales invocados ni explicar concretamente en términos jurídicos, cómo las disposiciones acusadas contrarían dichas obligaciones internacionales.

Adicionalmente, el cargo planteado no consiste en un reproche autónomo, sino que consiste en la mera reproducción de los mismos argumentos desarrollados en los cargos por igualdad, libertad económica y libre competencia, lo que impide a la Corte Constitucional analizar un problema jurídico independiente. Por ende, aunque el cargo se considera inepto, los efectos alegados, es decir, la restricción a la libertad y económica y la libre competencia, serán analizados más adelante.

Así las cosas, a consideración del Ministerio Público, el cargo no satisface las exigencias mínimas para emitir un pronunciamiento de fondo, en la medida que se limita a enunciar instrumentos internacionales sin hacer la confrontación normativa correcta. En consecuencia, la Corte Constitucional debería abstenerse de emitir pronunciamiento de fondo respecto de ese cargo, dado que el reproche formulado carece de la estructura argumentativa mínima exigida.

IV. PROBLEMA JURÍDICO

En concordancia con los cargos admitidos, los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar si:

- ¿Las expresiones: “pública” del artículo 329; “de carácter público” de los artículos 73 y 279, y “Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A.” del artículo 307 de la Ley 2294 de 2023 desconocen los principios de imparcialidad, economía y eficacia de la función administrativa establecidos en el artículo 209 constitucional, al establecer que el Fondo para la Promoción de la Autonomía y el Emprendimiento de la Mujer, el instrumento de planificación Pactos Territoriales, el Fondo Nacional de Turismo -FONTUR y el Fondo Colombia Potencia Mundial de Vida, se constituyan como patrimonios autónomos a través de la celebración del correspondiente contrato con una sociedad fiduciaria de naturaleza pública?
- ¿Las expresiones acusadas de los artículos 73, 279, 307 y 329 de la Ley 2294 de 2023, vulneran el principio de igualdad establecido en el artículo 13 Superior al establecer que, solo las sociedades fiduciarias de naturaleza pública pueden constituir los citados patrimonios autónomos y, con ello, ¿se excluye de manera injustificada a las sociedades fiduciarias privadas?
- ¿Los apartes enjuiciados de los artículos 73, 279, 307 y 329 de la Ley 2294 de 2023, desconocen los principios de libertad económica y libre competencia, en tanto limitan la participación de las sociedades fiduciarias privadas para manejar los patrimonios autónomos?

V. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para resolver los problemas jurídicos planteados, el Ministerio Público realizará unas precisiones sobre: a) la naturaleza y características de la fiducia mercantil y la fiducia pública; b) la libertad de configuración del Legislador en la administración de los recursos públicos; c) los principios de la función administrativa (eficacia, economía e imparcialidad); d) la libertad económica y la libre competencia; e) el principio de igualdad; f) el alcance de las disposiciones demandadas; y, g) el análisis del caso concreto.

A. La naturaleza y características de la fiducia mercantil y fiducia pública

La fiducia mercantil se encuentra expresamente regulada en el Código de Comercio y constituye la forma típica y general del negocio fiduciario en el derecho colombiano. El artículo 1226 de dicha norma la define como “*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”¹.

De esta definición se desprenden varios elementos estructurales a saber: (i) la transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos; (ii) la existencia de una finalidad específica; y (iii) la intervención de un fiduciario profesional, pues *“solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”*.²

Como consecuencia directa de la transferencia de dominio, el artículo 1233 del Código de Comercio dispone que los bienes fideicomitidos deben mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y conforman un patrimonio autónomo, limitado únicamente a la finalidad del negocio. Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el contrato de fiducia mercantil da lugar a la existencia de dos patrimonios jurídicamente independientes y que la sociedad fiduciaria asume la vocería y representación del patrimonio autónomo constituido³.

A diferencia de la fiducia mercantil, la fiducia pública constituye una figura autónoma y específica del derecho público, creada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Su regulación se encuentra principalmente en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, norma que prevé los encargos fiduciarios que celebran las entidades estatales con sociedades fiduciarias para la administración o manejo de recursos vinculados a contratos estatales:

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

5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública. Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

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

Desde sus primeras aproximaciones jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha advertido que la fiducia pública no es lo mismo que la fiducia mercantil regulada en el Código de Comercio. En efecto, este Tribunal explicó que se trata de un contrato

¹ Corte Constitucional. Auto 779 de 2022.

² Artículo 1226 del Código de Comercio.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2014. Exp. SC 5438-2014 interpretación del artículo 1233 del Código de Comercio.

autónomo, más cercano a un encargo fiduciario, en el cual no se produce transferencia del dominio ni se constituye un patrimonio autónomo⁴.

Esta característica ha sido reiterada de manera consistente. En particular, la jurisprudencia ha señalado que en la fiducia pública la entidad estatal actúa como fideicomitente y entrega recursos públicos a la fiduciaria a título de mera tenencia, de modo que *“nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial”*⁵. En consecuencia, los bienes y recursos continúan formando parte del patrimonio de la entidad pública y no se desligan jurídicamente de este.

En la Sentencia C-438 de 2017, se precisaron varios rasgos estructurales de la fiducia pública, tales como: (i) no permite la transferencia del dominio de los bienes involucrados; (ii) las entidades públicas no pueden delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de contratos necesarios para el desarrollo del objeto fiduciario; (iii) debe celebrarse con objeto y plazo determinados; y (iv) está sujeta a un estricto control fiscal, sin perjuicio de la vigilancia que ejerce la Superintendencia Financiera sobre las sociedades fiduciarias⁶.

Adicionalmente, la fiducia pública se encuentra plenamente sometida al régimen de la contratación estatal. En efecto, la selección de la sociedad fiduciaria sea pública o privada, debe adelantarse mediante los procedimientos de licitación pública o concurso⁷, y los actos y contratos celebrados en desarrollo de la fiducia deben ajustarse a las normas del Estatuto General de Contratación, incluido el requisito de constar por escrito para su perfeccionamiento⁸. Solo en cuanto resulte compatible, serán aplicables de manera supletiva las disposiciones del Código de Comercio sobre fiducia mercantil.

Desde esta perspectiva, la fiducia pública ha sido entendida por la Corte Constitucional como un instrumento al servicio de la Administración para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado previstos en el artículo 2 de la Constitución Política⁹, lo cual explica su sujeción reforzada a principios de legalidad, control y responsabilidad en el manejo de los recursos públicos¹⁰.

La Corte Constitucional, ha reconocido que, de manera excepcional, *“las entidades públicas pueden constituir un patrimonio autónomo a través de la fiducia mercantil. (...) bajo este esquema contractual, no está prohibido que la entidad pública sea designada voluntariamente como beneficiaria por parte de un fideicomitente. En este caso excepcional, los recursos públicos son transferidos a un patrimonio autónomo. En consecuencia, la entidad fiduciaria se encargará de administrarlos para cumplir con la finalidad establecida en el contrato”*¹¹.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1995; reiterada en Sentencia C-438 de 2017.

⁵ Artículo 32, numeral 5, inciso 7 de la Ley 80 de 1993; Sentencia C-269 de 2021 de la Corte Constitucional.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-438 de 2017.

⁷ Artículo 25 de la Ley 1150 de 2007.

⁸ Artículo 32 numeral 5 de la Ley 80 de 1993 y Auto 779 de 2022 de la Corte Constitucional.

⁹ Artículo 2 de la Constitución Política: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-244 de 2011.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-269 de 2021.

Así lo establece el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, al establecer que las entidades estatales, para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones, están facultadas para constituir patrimonios autónomos con entidades que se encuentren bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera¹².

De lo anterior se desprende que el ordenamiento jurídico reconoce la facultad de las entidades públicas para celebrar contratos de fiducia con sociedades fiduciarias, sin que dicha posibilidad se encuentre restringida a entidades de una determinada naturaleza jurídica. Es decir, se les habilita para constituir fiducias con entidades públicas o privadas, entendiendo que la administración de los recursos se somete a los controles y finalidades definidos en el respectivo encargo fiduciario.

Precisado lo anterior, resulta necesario efectuar una distinción conceptual adicional, de especial relevancia para el análisis constitucional del caso concreto. En efecto, no debe confundirse la naturaleza jurídica del contrato de fiducia (que puede adoptar la modalidad de fiducia mercantil o de fiducia pública, según el régimen normativo que lo gobierne y la finalidad que persiga) con la naturaleza jurídica del sujeto que actúa como administrador fiduciario, esto es, la sociedad fiduciaria encargada de ejecutar el negocio respectivo.

El sujeto administrador (fiduciario), sin importar el tipo de contrato celebrado, puede ser público o privado y su diferenciación va más allá de su composición accionaria. Así, la distinción se encuentra en su adscripción al aparato estatal y en las consecuencias constitucionales que de allí se derivan.

El artículo 115 de la Constitución Política establece que los establecimientos públicos y de las sociedades de economía mixta, hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público¹³. Asimismo, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 reza “(...) *La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...) 2. Del Sector descentralizado por servicios: a. Los establecimientos públicos; b. Las empresas industriales y comerciales del Estado; (...) f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta (...)*”¹⁴.

Como consecuencia directa de lo anterior, estas sociedades se encuentran sometidas a los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 Superior, conforme al cual: “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*”¹⁵.

En contraste, las fiduciarias privadas, como particulares, rigen su actuación primordialmente por la autonomía de la voluntad privada, entendida como la facultad para “*disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres*”¹⁶, lo que deriva en la libertad de decidir si se contrata o no, de fijar las obligaciones adquiridas (dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres), y de

¹² Artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

¹³ Artículo 15 de la Constitución Política: “(...) *Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva. (...)*”

¹⁴ Artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

¹⁵ Artículo 209 de la Constitución Política.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia 934 de 2013.

generar vínculos jurídicos que producen efectos entre las partes que han manifestado su consentimiento.¹⁷

Por otra parte, la adscripción de las EICE y sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva tiene un impacto directo en el régimen de responsabilidad de sus directivos, pues de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política, son servidores públicos *“los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”*¹⁸, categoría dentro de la cual se inscriben dichas entidades. Por ende, los directivos de las citadas sociedades ostentan la calidad de servidores públicos y se encuentran sujetos al régimen disciplinario. Como efecto, les es aplicable la responsabilidad prevista en el artículo 6 de la Constitución, según la cual los servidores públicos responden no solo por infringir la Constitución y la ley, sino también *“por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*¹⁹.

Por su parte, el artículo 79 de la Ley 489 de 1998, inhabilita a los congresistas, diputados y concejales para pertenecer a los consejos directivos, ser directores, gerentes o presidentes de los establecimientos públicos y les aplica el régimen de prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto Ley 128 de 1976 y la Ley 80 de 1993²⁰, a diferencia de los administradores de fiduciarias privadas, quienes no adquieren dicha condición por el solo hecho de celebrar contratos con entidades estatales y por ende, no se someten al régimen disciplinario²¹.

Las diferencias en la naturaleza de sujetos irradian incluso, el ámbito penal. El Código Penal²² distingue expresamente entre servidores públicos y particulares para efectos de la imputación de responsabilidad penal, especialmente en lo relativo a los delitos contra la Administración pública²³. La precitada norma lo define como *“los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (...) Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.”*

Lo anterior es relevante por cuanto quienes tienen a su cargo deberes especiales de protección de bienes públicos, se encuentran en una posición de mayor responsabilidad y confianza frente a la sociedad, lo que genera un mayor reproche penal en caso de incumplimiento. Por el contrario, los particulares o directivos de sociedades privadas, al no estar investidos de estas calidades especiales, responden con penas atenuadas o bajo las reglas generales del tipo penal, reconociendo que su posición respecto al bien jurídico tutelado no genera el mismo riesgo ni defrauda la confianza pública depositada, tal como lo ha señalado la jurisprudencia²⁴.

Finalmente, las empresas industriales y comerciales del Estado y los establecimientos públicos, en cuanto entidades que integran la Administración pública, están

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Artículo 123 de la Constitución Política y Artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

¹⁹ Artículo 6 de la Constitución Política.

²⁰ Artículo 79 de la Ley 489 de 1998.

²¹ Artículo 25 de la Ley 734 de 2002 *“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*

²² Ley 599 de 2000 *“Por la cual se expide el Código Penal”*

²³ Ley 599 de 2000. Título XV. Delitos contra la Administración Pública

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1122 de 2008.

sometidos al control administrativo previsto en la Ley 489 de 1998. Dicho control es ejercido por el presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y por los ministros y directores de departamentos administrativos respecto de las entidades que conforman cada sector administrativo²⁵. Su finalidad es verificar que las actividades y funciones de dichas entidades se desarrollen en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la ley y conforme a los planes y programas adoptados, sin que ello implique la sustitución de la gestión propia de la entidad.²⁶

El artículo 105 de la norma, precisa que el control administrativo no comprende la autorización o aprobación de los actos específicos que correspondan a los órganos internos de las entidades descentralizadas, preservando su autonomía decisoria, salvo el presupuesto anual, que debe someterse a los trámites y aprobaciones previstos en la Ley Orgánica de Presupuesto y específicamente, el control administrativo de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se ejerce en los términos de los convenios, planes o programas que deben celebrarse periódicamente con la Nación, a través del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo²⁷

En síntesis, aunque la fiducia mercantil y la fiducia pública comparten la estructura básica de un negocio fiduciario, se diferencian en su naturaleza jurídica y efectos patrimoniales: la mercantil implica transferencia de dominio y patrimonio autónomo, mientras que la pública mantiene los recursos dentro del patrimonio estatal y se somete a estrictos controles.

Asimismo, la naturaleza de la sociedad fiduciaria determina sus obligaciones y responsabilidades: las fiduciarias públicas, por su adscripción a la Rama Ejecutiva, se rigen por los principios de la función administrativa y están sujetos a responsabilidad disciplinaria y penal, mientras que las fiduciarias privadas actúan principalmente bajo autonomía de la voluntad.

Independientemente de las diferencias resaltadas, la utilización de fiducias mercantiles por parte de entidades públicas no solo es jurídicamente posible, sino también un mecanismo adecuado para asegurar que los recursos se administren conforme a la ley y a los fines específicos para los que fueron destinados, demostrando su idoneidad y eficacia como instrumento de gestión pública. En la Sentencia C-438 de 2017, por ejemplo, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del Decreto Ley 691 de 2017, mediante el cual se sustituyó el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto, que no contaba con personería jurídica, por el Fondo Colombia en Paz que, aunque similar, se determinó como un patrimonio autónomo administrado por sociedades fiduciarias públicas. Es decir, pese a tratarse de una fiducia de naturaleza mercantil y, por ende, regida por el derecho privado, su administración estaba a cargo de una entidad pública, con observancia de los principios de objetividad, moralidad, razonabilidad, transparencia, eficacia y economía.

Allí mencionó que, la posibilidad de la administración de constituir fondos mediante fiducias mercantiles es un negocio jurídico *“apropiado para garantizar que los recursos*

²⁵ Artículo 103 de la Ley 489 de 1998.

²⁶ Artículo 104 ibidem.

²⁷ Artículo 106 ibidem.

*se gasten de la forma para lo que fueron destinados en la ley*²⁸, y que elegir el contrato de fiducia mercantil para estos fines constituye una decisión acertada en tanto, *“tiene un fin legítimo que es asegurar la destinación de los recursos de forma específica mediante un mecanismo que asegure esos resultados”*²⁹.

En todo caso, es se debe resaltar, que, en ambos escenarios, cuando se trata de la administración de los recursos estatales, se somete al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República, quien tiene el deber de vigilancia y control de la *“gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos.”*³⁰.

B. Libertad de configuración del Legislador en la administración de los recursos públicos

La Constitución Política reconoce al Congreso de la República la función primordial de expedir las leyes y, a través de ellas, regular los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico. En desarrollo de dicha competencia, el Legislador cuenta con un margen de configuración normativa que le permite definir, diseñar y desarrollar las regulaciones legales necesarias para la organización y funcionamiento del Estado, siempre dentro de los límites que impone la Carta Política³¹.

Este margen de configuración normativa constituye una prerrogativa esencial del constitucionalismo democrático. No obstante, como lo ha precisado la Corte Constitucional, dicha potestad no es absoluta ni arbitraria, pues el Legislador, aun en ejercicio de su poder normativo, se encuentra sujeto a los valores, principios y fines constitucionales que estructuran el Estado social de Derecho³². En este sentido, la jurisprudencia ha señalado de manera expresa que:

*“La libre configuración legislativa (...) no está concebida (...) para un legibus solutus. (...) El Legislador no posee entonces una potestad absoluta, ni arbitraria, sino que en su ejercicio (...) debe someterse a los límites que impone la Carta”*³³.

Desde esta perspectiva, la Corte ha identificado que los límites a la libertad de configuración normativa pueden entenderse, de una parte, en sentido amplio, como aquellos derivados del conjunto de principios constitucionales, y, de otra, en sentido estricto, como aquellos fijados directamente por el Constituyente al asignar competencias específicas a determinados órganos del Estado³⁴.

Ahora bien, en el ámbito de la organización administrativa, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el Congreso de la República dispone de un amplio espectro de regulación, que comprende no solo el diseño de los organismos que integran la Administración pública, sino también la definición de sus funciones, objetivos, régimen jurídico y características estructurales³⁵.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 438 de 2017

²⁹ Ibidem.

³⁰ Artículo 267 de la Constitución Política.

³¹ Artículo 150 de la Constitución Política. Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 2019.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2011.

³³ Ibidem.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-828 de 2002.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-350 de 2004.

En este contexto, la Corte ha precisado que corresponde al Legislador determinar la estructura de la Administración nacional, fijar las modalidades organizativas de las entidades estatales y establecer los instrumentos jurídicos necesarios para garantizar la eficiencia de la acción estatal, siempre con sujeción a los valores y principios constitucionales³⁶.

Este margen de configuración normativa se proyecta, de manera particular, sobre la gestión y administración de los recursos públicos. Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido que la Constitución no impone un modelo único de administración de dichos recursos, lo cual habilita al Legislador para crear fondos, definir su régimen jurídico y establecer formas específicas para la ejecución del gasto público³⁷. En esa medida, la facultad legislativa comprende la posibilidad de escoger los mecanismos jurídicos e institucionales mediante los cuales el Estado administra y ejecuta recursos públicos, en atención a los fines constitucionales que se persiguen.

Adicionalmente, este margen de configuración normativa encuentra un fundamento específico en la competencia del Congreso para expedir leyes de intervención económica, conforme a lo dispuesto en el artículo 150, numeral 21 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 334 superior³⁸. Este último precepto asigna al Estado la dirección general de la economía y lo faculta para intervenir, por mandato de la ley, en múltiples ámbitos económicos, con el propósito de racionalizar la economía y promover el mejoramiento de la calidad de vida, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo³⁹. Tal es el caso, por ejemplo, de los fondos especiales, que son un sistema de manejo de recursos públicos sin personalidad jurídica y su estructura hace parte del amplio margen de configuración del Legislador⁴⁰, pues *“tienen una finalidad legítima que es la de garantizar la eficiencia en la administración y ejecución de recursos”*⁴¹

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado que la Constitución confiere al Congreso un marco amplio y flexible para regular materias económicas, lo cual se traduce en un significativo margen de configuración normativa. Sin embargo, ha reiterado que dicha libertad no es absoluta, pues las leyes de intervención económica deben precisar sus fines, alcances y los límites a la libertad económica, así como ajustarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁴². En palabras de la Corte, *“[l]a libertad para el ejercicio de la actividad legislativa no significa obviamente que el legislador sea libre de establecer cualquier tipo de regulación económica”*⁴³.

En consecuencia, a partir de las competencias atribuidas al Congreso de la República por los artículos 150 y 334 de la Constitución Política, el Legislador se encuentra habilitado para regular la intervención del Estado en la economía y, dentro de ese marco, para definir los mecanismos jurídicos mediante los cuales se administran los recursos públicos, sin perjuicio de los límites constitucionales que gobiernan el ejercicio de dicha potestad.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Constitución Política, artículo 150, numeral 21.

³⁹ Artículo 334 de la Constitución Política.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia 438 de 2017.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2002.

⁴³ Ibidem.

C. Los principios de la función administrativa (eficacia, economía e imparcialidad)

La Constitución Política establece que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento, entre otros, en los principios de eficacia, economía e imparcialidad, los cuales orientan la actuación de todas las autoridades administrativas en el cumplimiento de los fines del Estado⁴⁴.

En efecto, el artículo 209 superior dispone que *“la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”*. Estos principios no constituyen solo directrices programáticas, sino parámetros jurídicos vinculantes que delimitan el ejercicio de la función administrativa y permiten evaluar la validez constitucional de las decisiones legislativas y administrativas que inciden en su desarrollo.

El Consejo de Estado ha precisado que la función administrativa corresponde, en principio, a actividades encomendadas al Ejecutivo y dirigidas a la aplicación concreta de la Constitución y la ley⁴⁵. No obstante, en un sentido más amplio y acorde con la realidad institucional, dicha función comprende aquella que ejercen tanto los agentes del Estado como los particulares expresamente autorizados por la ley, y que se caracteriza por la existencia de un poder de instrucción, siendo siempre una manifestación del poder estatal orientada a la materialización de los derechos y principios consagrados en la parte dogmática de la Constitución⁴⁶.

La Corte Constitucional ha señalado que los principios que rigen la función pública consagrados en el artículo 209 constitucional, se clasifican en “principios finalísticos, funcionales y organizacionales”⁴⁷. Entre los primeros se encuentran aquellos orientados al servicio del interés general; entre los segundos, los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, finalmente, entre los organizacionales, la descentralización, la desconcentración y la delegación de funciones⁴⁸. Esta clasificación pone de relieve que los principios de eficacia, economía e imparcialidad inciden directamente en la forma como se desarrolla la actividad administrativa, y no únicamente en su estructura⁴⁹.

En relación con el principio de eficacia, la Corte ha indicado que este se vincula con la efectividad de la acción administrativa y con la realización concreta de los fines del Estado. En ese sentido, ha precisado que la eficacia no impone un deber absoluto de resultado, sino una *“una específica actitud de la administración para obrar en cumplimiento de sus fines y una exigencia asimismo específica de la realización efectiva de éstos”*⁵⁰, exigencia que debe analizarse desde distintas perspectivas.

Desde el punto de vista temporal, la eficacia demanda agilidad en la adopción de decisiones, sin más dilaciones que aquellas estrictamente necesarias para garantizar una reflexión ponderada⁵¹. Desde una perspectiva económica, exige eficiencia en las actuaciones, entendida como la adecuada relación entre los costos de los recursos

⁴⁴ Constitución Política de 1991, artículo 209.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 1001-03-06-000-2019-00051-00 (2416).

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2014.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 2013.

empleados y los objetivos alcanzados, lo cual supone evaluar los beneficios y los costos totales de una determinada decisión administrativa⁵².

En todo caso, la Corte ha enfatizado que el principio de eficacia no se reduce al simple cumplimiento formal de las disposiciones, sino que impone una preocupación por las consecuencias reales de la acción u omisión estatal, particularmente respecto de la persona destinataria de la decisión⁵³.

De manera reiterada, la jurisprudencia ha resaltado que la eficacia encuentra sustento en diversos preceptos constitucionales, entre ellos los artículos 2, 209 y 365 de la Constitución, así como en las normas relativas al control de gestión y resultados⁵⁴. En ese marco, la Corte ha sostenido que la eficacia “*constituye una cualidad de la acción administrativa, en la cual se expresa la vigencia del Estado social de derecho en el ámbito jurídico-administrativo*”⁵⁵, y que adquiere especial relevancia cuando se trata de actuaciones que involucran derechos fundamentales o poblaciones en situación de vulnerabilidad⁵⁶.

Por su parte, el principio de economía se refiere a la correcta y eficiente asignación de los recursos humanos y materiales destinados al cumplimiento de los objetivos estatales⁵⁷. La Corte ha señalado que este principio opera como una pauta orientadora para que la actividad administrativa se proyecte buscando el “*mayor beneficio social al menor costo*”⁵⁸, en armonía con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución.

En aplicación de este principio, la función administrativa debe desarrollarse de manera tal que permita optimizar la relación costo–beneficio en la consecución de los fines estatales, lo cual impone a las autoridades el deber de planificar adecuadamente el gasto público y de maximizar el rendimiento de los recursos disponibles, teniendo en cuenta su carácter limitado⁵⁹. En ese sentido, la Corte ha destacado que los principios de economía y eficacia deben analizarse de forma conjunta, pues ambos exigen que la Administración cumpla sus objetivos de manera eficiente y racional⁶⁰.

Finalmente, el principio de imparcialidad constituye un eje esencial de la función administrativa y se encuentra estrechamente vinculado con el debido proceso⁶¹. Este principio exige que las autoridades actúen con neutralidad, sin sesgos ni preferencias indebidas, y con sujeción estricta al ordenamiento jurídico, de manera que sus decisiones respondan exclusivamente al interés general⁶².

En este sentido, la Corte ha señalado que la imparcialidad no solo garantiza la corrección de las actuaciones administrativas, sino que preserva la confianza de los ciudadanos en el Estado de derecho, particularmente en aquellos escenarios en los que la Administración adopta decisiones que inciden de manera directa en la esfera jurídica de los particulares o en el acceso a la función pública⁶³.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 2013.

⁵⁵ Ibidem

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2014.

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012, citada en la Sentencia C-288 de 2014

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2014.

⁶² Ibidem.

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2014.

En suma, los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución operan como criterios jurídicos vinculantes que orientan el ejercicio de la actividad administrativa, como manifestación del poder estatal dirigida a la realización efectiva de los fines del Estado. La eficacia, la economía y la imparcialidad inciden de manera directa en la forma como se diseñan y ejecutan las decisiones de las autoridades, en la medida en que garantizan que la actuación estatal se desarrolle conforme a los valores y finalidades propios del Estado social de Derecho.

D. El principio de igualdad

El constituyente de 1991 consagró la igualdad como un bien superior con una triple naturaleza, pues es un valor, un derecho subjetivo y un principio. En relación con la última faceta, el artículo 13 de la Carta Política contempla el principio de igualdad como un mandato de optimización, que debe ser materializado en la mayor medida de lo posible por las autoridades y, en especial, por el Congreso de la República al expedir las leyes, asegurando igual trato a situaciones idénticas y diferenciando ante circunstancias no asimilables⁶⁴.

Sobre el particular, se destaca que la igualdad *“requiere de la concreción de dos mandatos generales: (i) otorgar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para darles un trato diferente y (ii) otorgar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes”*⁶⁵. Por este motivo, se reconoce que la igualdad tiene carácter relacional, lo que implica que es posible que el Congreso de la República establezca en la normativa un trato diferencial entre sujetos comparables, siempre que exista una “razón suficiente” que permita explicar la distinción respectiva.

Con el fin de verificar el desconocimiento del principio de igualdad por parte del Congreso de la República, la Corte Constitucional ha desarrollado la metodología del “juicio integrado de igualdad”, en el que se concretan los siguientes mandatos específicos: *“(i) un mandato de trato idéntico a circunstancias idénticas: (ii) un mandato de trato diferenciado a circunstancias que no comparten elementos en común; (iii) un mandato de trato paritario a quienes presenten situaciones similares o diferentes, pero cuyas similitudes son más relevantes a pesar de las diferencias y (iv) un mandato de trato diferenciado a quienes se encuentren en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más relevantes que las similitudes”*. Esto exige no solo contrastar la norma demandada con la Constitución, sino considerar *“el término de comparación o tertium comparationis, es decir, que el otro referente sea susceptible de compararse”*⁶⁶.

Para el efecto, la Corte Constitucional ha señalado que se debe partir por verificar si la norma afecta una posición jurídica adscrita *prima facie* al principio de igualdad para lo cual *“(i) se define el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis”* y *“(ii) se valora si, de conformidad con dicho criterio de comparación, los sujetos y situaciones son comparables desde las perspectivas fáctica y jurídica”*.

Verificado lo anterior, se procede a definir la intensidad del juicio (débil, intermedio o estricto) *“a partir del grado de libertad de configuración que la constitución reconoce al legislador”* para, finalmente, *“determinar si la carga o beneficio diferenciado que*

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2020.

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2024.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2024.

*imponer la medida está justificada a partir de la aplicación del juicio de proporcionalidad*⁶⁷.

También ha advertido el Alto Tribunal, que el *test* leve se utiliza en los eventos en los cuales el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración, tales como materias económicas, tributarias o de política internacional.

Por su parte, el *test* intermedio se utiliza cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, o cuando se trata de una medida de acción afirmativa.

Y por último, el *test* estricto se utiliza en casos, como por ejemplo (i) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como de las que trata el artículo 13 de la Constitución; (ii) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; (iii) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, entendido en su faceta negativa o prestacional mínima y exigible de forma inmediata en virtud de la Constitución o el DIDH; y (iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

E. La libertad económica y la libre competencia

La Constitución garantiza las libertades económicas, al disponer que *“la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites de bien común, y la libre competencia es un derecho de todos”*⁶⁸. En efecto, los artículos 333 a 336 de la Carta Política contemplan las denominadas libertades económicas, las cuales han sido definidas en la jurisprudencia constitucional como el conjunto de prerrogativas que tienen las personas para desarrollar actividades productivas, constituir empresas y competir en el mercado bajo condiciones justas⁶⁹.

Al respecto, se ha precisado que *“la libertad económica es el género de los derechos económicos, que se despliega en los derechos a la libertad de empresa y la libertad de competencia”*⁷⁰, entendiendo por libertad de empresa aquella *“que se le reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas, para la producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o modelos de organización propias del mundo económico contemporáneo, con el objetivo de obtener beneficios o ganancias”*⁷¹.

Por su parte, la libertad de competencia *“acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en*

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-420 de 2020.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-435 de 2023.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

*la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante*⁷².

La Corte Constitucional se ha referido a las prerrogativas que integran el derecho a la libre competencia y ha determinado que los siguientes elementos constituyen su núcleo esencial: *“(i) el derecho de los empresarios que se hallen en una misma posición a no recibir un tratamiento discriminatorio; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse de él; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa, como sus métodos de gestión; (iv) la libre iniciativa privada; (v) el derecho a crear establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos de ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable. En esa misma línea, la Corte ha manifestado que el núcleo esencial del derecho a la libre competencia consiste en la posibilidad de acceder al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas*⁷³.

Al tiempo, esa Corporación ha indicado que, si bien las referidas prerrogativas le permiten a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no pueden ser arbitrarias, pues como toda libertad están gobernadas por el marco axiológico de la Constitución⁷⁴. En efecto, en ejercicio del margen de configuración legislativa, es posible fijar límites razonables, pues *“en materia económica el legislador tiene un amplio margen de configuración, y correlativamente no opera un control de constitucionalidad estricto, debido a que la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado*⁷⁵.

En este contexto, resulta pertinente recordar el análisis de constitucionalidad efectuado por el Alto Tribunal en la Sentencia C-435 de 2023, que examinó la afectación que los impuestos saludables generaban al mercado de las bebidas azucaradas en Colombia. Allí, se estableció que la libertad de empresa y de competencia puede ser objeto de limitaciones legales, siempre que estas se adopten en *“(i) situaciones excepcionales; (ii) con el propósito de corregir fallas del mercado; (iii) para garantizar escenarios de equidad; y (iv) en aras de privilegiar el interés general y la justicia social*⁷⁶.

Ahora bien, en aras de respetar el contenido mínimo que implican las mencionadas garantías constitucionales, y no limitar las libertades económicas al punto de anular el derecho y hacerlo inocuo, se ha establecido que cualquier restricción a estas debe *“(i) adoptarse mediante una disposición de rango legal; (ii) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (iii) estar adecuadamente justificada; (iv) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (v) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad*⁷⁷.

F. El alcance de las disposiciones demandadas

El Plan Nacional de Desarrollo -PND- 2022-2026 *“Colombia Potencia Mundial de Vida”* establece, en las normas acusadas, la constitución o transformación de varios patrimonios autónomos administrados por sociedades fiduciarias de naturaleza pública y por Fiducoldex en el caso de FONTUR, como mecanismos financieros para

⁷² Ibidem.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-435 de 2023, en referencia a la Sentencia C-059 de 2021.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2007.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-435 de 2023.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-435 de 2023.

el desarrollo de proyectos de inversión en infraestructura, desarrollo social, paz, mayor cobertura de agua y saneamiento básico, transición energética e industrial y reforma rural integral, lo que permite la gestión flexible de recursos públicos bajo la administración de fiduciarias públicas. En concreto, las disposiciones enjuiciadas se refieren al Fondo para la Promoción de la Autonomía y el Emprendimiento de la Mujer, el Fondo Regional para los Pactos Territoriales, El Fondo Nacional de Turismo – FONTUR- y el Fondo “Colombia Potencia Mundial de la Vida”.

El artículo 73 dispone la transformación del Fondo Mujer Emprende, en el Fondo para la Promoción de la Autonomía y el Emprendimiento de la Mujer, denominado “Mujer Libre y Productiva”. Este fondo, tiene como objeto contribuir al desarrollo de los negocios, las iniciativas productivas y los emprendimientos liderados por mujeres mediante el acceso a mecanismos de financiamiento con enfoque diferencial y territorial, propendiendo por su autonomía económica⁷⁸.

La norma establece que dicho patrimonio autónomo se constituirá mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil entre el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y una sociedad fiduciaria de carácter público. De este modo, el Legislador opta por un esquema de administración fiduciaria, en el cual los recursos que integran el fondo se separan patrimonialmente tanto del fideicomitente como del fiduciario, con el propósito de garantizar su destinación específica.

Ahora bien, el artículo establece una regla particular en relación con la administración del fondo, al disponer que la sociedad fiduciaria encargada de celebrar el contrato sea “de carácter público” y que su selección se realice de manera directa por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en el sentido de que es esta entidad la que asume, de forma inmediata, la determinación de la sociedad fiduciaria con la cual se celebra el contrato. Así, la disposición demandada no incide en la creación del patrimonio autónomo ni en la utilización de la fiducia mercantil como mecanismo de administración, sino que delimita específicamente quién puede asumir el rol de fiduciario.

Vale la pena recordar que, el Fondo Mujer Emprende, fue creado mediante el Decreto 810 de 2020 y allí se ordenó “(...) *Crear un patrimonio autónomo que servirá de vehículo para promover, financiar y apoyar el emprendimiento, la formalización y el fortalecimiento empresarial de las mujeres en Colombia, el cuál será administrado por la sociedad fiduciaria de naturaleza pública que designe el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República*”, de manera que, en la norma anterior ya se establecía la administración por parte de una fiduciaria pública.

El artículo 279 introduce una modificación sustancial a este diseño institucional, al mantener la figura de los Pactos Territoriales como instrumento de articulación para la concertación de inversiones estratégicas de alto impacto, ahora alineadas con el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 y con los objetivos de construcción de la Paz Total⁷⁹; sin embargo, redefine el mecanismo de administración de los recursos destinados a su implementación. En particular, la norma ordena la transformación del Fondo Regional para los Pactos Territoriales en un patrimonio autónomo, constituido

⁷⁸ Artículo 73 de la Ley 2294 de 2023 “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022- 2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”.

⁷⁹ Artículo 279 de la Ley 2294 de 2023 “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022- 2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”.

mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil entre el Departamento Nacional de Planeación y una sociedad fiduciaria de carácter público.

El Legislador establece el funcionamiento del fondo mediante una estructura fiduciaria que implica la separación patrimonial de los recursos destinados a los Pactos Territoriales, con el objeto de recibir, administrar y ejecutar dichos recursos, incluidos aquellos que ya se encontraban en el fondo existente, con la particularidad de que la fiducia mercantil debe ser de carácter público y que su selección se realice de manera directa por el Departamento Nacional de Planeación.

Por su parte, la modificación introducida por el artículo 307, se refiere al Fondo Nacional de Turismo- FONTUR, que es un patrimonio autónomo adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, administrado por FIDUCOLDEX, cuya creación responde a la necesidad de contar con un instrumento técnico especializado para la ejecución de la política nacional de turismo. Así, su finalidad es la administración de recursos de los que tratan los artículos 1 y 8 de la Ley 1101 de 2006, así como los referidos en el Presupuesto General de la Nación *“para la infraestructura turística, promoción y la competitividad turística, el recaudo del impuesto al turismo, la contribución parafiscal para la promoción del turismo y las demás fuentes de recursos que señale la ley”*⁸⁰.

Dicha modificación, establece de manera expresa que FONTUR es un patrimonio autónomo sin personería jurídica, regido por normas de derecho privado, manteniendo su función de administrar los recursos provenientes de las fuentes legalmente previstas, incluidos los asignados en el Presupuesto General de la Nación. Con ello, el Legislador precisa la naturaleza jurídica del fondo, pues antes de la modificación, la norma establecía que FONTUR tenía personería jurídica.

Adicionalmente, la disposición regula de manera específica la administración del patrimonio autónomo al señalar que FONTUR será administrado por la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A., o por la sociedad fiduciaria que determine el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, conforme a los lineamientos que este fije.

Al respecto, vale la pena recordar que FIDUCOLDEX, es una sociedad de servicios financieros de economía mixta, vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y controlada fiscalmente por la Contraloría General de la República. Lo anterior, quiere decir que su creación es legal; su objeto es el desarrollo de actividades industriales o comerciales, por lo que es constituida como una sociedad comercial sujeta a las reglas del Código de Comercio. Además, su capital se integra con aportes públicos y privados⁸¹.

Por otra parte, se encuentra vinculada a la Rama Ejecutiva, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, de modo que sus activos no hacen parte del Presupuesto General de la Nación, sin perjuicio de que sus utilidades constituyan recursos de capital para el Estado en la proporción correspondiente. Finalmente, estas sociedades se rigen, en principio, por el derecho privado, salvo en aquellos aspectos en los que la Constitución o la ley dispongan expresamente la aplicación de normas de derecho público⁸².

⁸⁰ Artículo 21 de la Ley 1558 de 2012 *“Por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 -Ley General de Turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras disposiciones.”*

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Ad 11001-03-06-000-2014-00073-00(2206)

⁸² Ibidem.

Sin embargo, es importante precisar que, la norma no reduce la administración del fondo a FIDUCOLDEX S.A únicamente, sino que adicionalmente reza “o la sociedad fiduciaria que determine el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de acuerdo con los lineamientos que fije éste” sin especificar que dicho sujeto administrador deba tener naturaleza estrictamente pública. Esto permite entender que la administración de estos recursos puede ser llevada a cabo por FIDUCOLDEX S.A o cualquier otra fiduciaria, pública o privada, siempre que sea determinado por la referida célula ministerial conforme a las directrices establecidas.

En consecuencia, el alcance del artículo 307 se concreta en la redefinición de la naturaleza jurídica del FONTUR y en la precisión del esquema de administración fiduciaria de sus recursos, manteniendo inalterada la finalidad del fondo como instrumento para el recaudo, la administración y la ejecución de recursos públicos destinados al desarrollo del sector turístico.

El artículo 329 crea el Fondo denominado “Colombia Potencia Mundial de la Vida” y lo organiza jurídicamente como un patrimonio autónomo, destinado a la administración de recursos públicos orientados al desarrollo de proyectos en los sectores de agua y saneamiento básico, transición energética e industrial y reforma rural integral. Desde el punto de vista normativo, la disposición introduce un instrumento específico de gestión de recursos para la ejecución de políticas públicas sectoriales priorizadas en el Plan Nacional de Desarrollo⁸³.

Ahora bien, el artículo incorpora una regla particular respecto de la entidad fiduciaria encargada de la gestión operativa del patrimonio autónomo, al establecer que el contrato de fiducia mercantil deberá celebrarse con una sociedad fiduciaria “pública” designada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Esta expresión delimita de manera expresa el tipo de entidad habilitada para ejercer la función fiduciaria, asignando dicha labor a sociedades fiduciarias de naturaleza pública.

G. Análisis del caso concreto

De conformidad con el marco constitucional y jurisprudencial previamente expuesto, procede el Ministerio Público a resolver los problemas jurídicos planteados.

- Primer cargo: vulneración a los principios de la función administrativa

El demandante explicó que se desconocen los principios de la función administrativa porque se restringe sin justificación alguna la libre concurrencia y competencia de las fiduciarias privadas para manejar los fondos de los que tratan las disposiciones acusadas. Con ello, se limita la posibilidad de escoger los oferentes más idóneos bajo criterios objetivos.

Pues bien, a juicio del Ministerio Público, la decisión legislativa de asignar la administración de los patrimonios autónomos a fiduciarias públicas no desconoce los principios de eficacia, economía e imparcialidad.

En primer orden, se advierte que el principio de eficacia exige la optimización de los resultados obtenidos a partir de un objetivo: la consecución de los fines del Estado. En esos términos la selección de fiduciarias públicas cumple con ese objetivo, pues, a

⁸³ Artículo 329 de la Ley 1558 de 2012 “Por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 -Ley General de Turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

diferencia de las privadas (cuyo propósito es la mayor participación en el mercado) las públicas se alinean a la consecución de los cometidos de interés general. En cualquier caso, la eficacia busca la realización de los fines del Estado, no la apertura irrestricta del mercado. Así, dicha decisión se enmarca en la finalidad legítima de asegurar la correcta ejecución de los recursos públicos.

En segundo lugar, se advierte que las disposiciones objeto de reproche satisfacen el principio de imparcialidad. Sobre ello, se insiste en que su contenido no se circunscribe a exigir una multiplicidad de oferentes, sino que no se adviertan razones arbitrarias para la elección de estos y que, en cualquier caso, la decisión esté supeditada a la gestión pública del interés general.

Sobre ello, además, se insiste en que, en el marco de la libertad de configuración del Legislador, este tiene un amplio margen para determinar las modalidades y estrategias organizativas para la ejecución y el manejo de los recursos del Estado; los cuales, se insiste pueden encomendarse a las sociedades fiduciarias públicas en tanto tienen, a su vez, el objetivo de garantizar los fines del Estado.

En tercer lugar, tampoco se desconoce el principio de economía, pues las fiduciarias públicas también brindan un uso racional y eficiente de los recursos públicos, sin que la mera exclusión de las sociedades privadas implique qué fondos serán administrados en detrimento del patrimonio nacional.

Esto, además, se refuerza si se tiene en cuenta que todas las personas jurídicas que concurren a la prestación de negocios fiduciarios se encuentran vigiladas por los entes de control respectivos, Superintendencia Financiera de Colombia y la Contraloría General de la República.

Así, no se advierte que la selección exclusiva de fiduciarias públicas implique dilaciones injustificadas o trámites innecesarios en el manejo de los recursos de los patrimonios autónomos. De esta manera, en el proceso de selección se deberán exigir las cualidades que garanticen la idoneidad en la prestación del contrato fiduciario, sin que, la simple naturaleza pública signifique no son idóneas para la consecución de tal cometido.

En suma, los principios derivados de la función administrativa no resultan vulnerados. Así, se insiste en que, el Legislador está autorizado para establecer con quiénes puede contratar, tal y como ocurre en el presente caso, tratándose de las fiduciarias de naturaleza pública. De esa manera, según la Corte *“es claro que la determinación de la forma de administración de los fondos especiales hace parte del margen de configuración del Legislador e incluye la posibilidad de establecer un fondo organizado como patrimonio autónomo, administrado por una sociedad fiduciaria pública”*⁸⁴.

En ese orden de ideas, el Alto Tribunal precisó que el Congreso puede establecer la fórmula que, a su juicio, resulte más idónea y eficaz para la administración de los recursos públicos y, así, que su manejo esté a cargo de fiduciarias de naturaleza pública *“sin que por ello se desconozca el derecho a la igualdad y la libertad de empresa e iniciativa privada ya que se persigue el establecimiento de mayores garantías para cumplir con los fines valiosos que le se le han impuesto y que son predicables del Estado social de derecho”*⁸⁵.

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-438 de 2017.

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-243 de 2006

En ese sentido, dicha naturaleza no constituye un privilegio arbitrario, sino que dicho criterio obedece a la naturaleza de los recursos administrados, la ejecución de especiales políticas públicas, como son, la equidad de género, el desarrollo territorial o la transición energética, lo cual requiere una amplia y fluida coordinación interinstitucional y un mayor control en el manejo de dichos recursos, así como la rendición de cuentas a la ciudadanía.

Debe resaltarse que la **elección** de la fiduciaria pública que manejará los patrimonios autónomos previstos en las normas acusadas no opera al margen del ordenamiento jurídico, si bien el Legislador optó por someter estos contratos a un régimen contractual de derecho privado, ello no implica su desvinculación de los principios de la contratación estatal ni de las reglas de la función administrativa, entendiéndose como pilares orientadores de la actividad estatal, los cuales continúan siendo plenamente aplicables en tanto se trata de la gestión de recursos públicos. De hecho, se encuentran sometidos a los principios de la contratación estatal, a las reglas de la función administrativa y a los controles propios de la gestión de recursos públicos. En ese sentido, la opción legislativa cuestionada no desnaturaliza el régimen constitucional de la actividad económica ni compromete la estructura competitiva del mercado, sino que constituye una manifestación legítima de la potestad de configuración del legislador en materia de administración de recursos públicos.

- **Segundo cargo: vulneración al principio de igualdad**

Como se expuso en el acápite de antecedentes, el demandante sostiene que las disposiciones acusadas vulneran el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, al establecer que determinados patrimonios autónomos creados o transformados por la Ley 2294 de 2023 sean administrados exclusivamente por sociedades fiduciarias de naturaleza pública, excluyendo a las fiduciarias privadas que, a su juicio, se encuentran en condiciones equivalentes.

Para resolver este cargo, procede el Ministerio Público a aplicar el juicio integrado de igualdad, conforme a la metodología desarrollada por la jurisprudencia constitucional. Sobre la aplicación del *tertium comparationis*, vale la pena resaltar que, en efecto, los sujetos mencionados en el caso objeto de análisis, son sujetos comparables desde el punto de vista fáctico y jurídico. Ello es así, porque se trata de sociedades fiduciarias de naturaleza pública y privada, como posibles administradoras de patrimonios autónomos conformados con recursos públicos.

Al respecto debe señalarse que, para el caso concreto, ambos sujetos presentan similitudes relevantes, pues ambos ejercen la actividad fiduciaria; se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia; cuando administran recursos públicos, están sometidas al control fiscal de la Contraloría General de la República; y cuentan con capacidades técnicas para la administración de patrimonios autónomos. En tal sentido, es posible afirmar que, se trata de sujetos que, en principio, son comparables.

En siguiente orden, se verifica que la norma brinda un tratamiento diferenciado. Por un lado, las fiduciarias públicas pueden manejar los patrimonios autónomos constituidos a partir de las disposiciones objeto de reproche, mientras que, las de naturaleza privada están excluidas de la administración de dichos fondos.

Consecutivamente, la intensidad del juicio depende del margen de configuración reconocido al Legislador y de la naturaleza del derecho afectado. En este caso, la medida examinada se inscribe en el ámbito de la organización administrativa y la gestión de recursos públicos, así como en una decisión de intervención económica, materias respecto de las cuales el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración normativa. Es decir, la diferenciación no se funda en una categoría sospechosa, no recae sobre un grupo históricamente discriminado, ni afecta de manera directa el núcleo esencial de un derecho fundamental, en este caso, tampoco afecta el contenido mínimo de las libertades económicas y libre competencia, tal como se explica en el cargo tercero, desarrollado a continuación.

En este punto, es necesario identificar si la medida adoptada por el Legislador persigue una finalidad que no esté prohibida y que, además, se erija como un medio idóneo para la consecución de tal fin⁸⁶.

A juicio del Ministerio Público, tales exigencias se cumplen, pues las medidas adoptadas buscan la consecución de las finalidades sociales del Estado. En esa manera, consisten en definir un modelo específico de administración de los recursos públicos con coordinación institucional y que pretende materializar las políticas públicas del Plan Nacional de Desarrollo.

La decisión legislativa de asignar la administración fiduciaria a sociedades fiduciarias de naturaleza pública es adecuada para la designación de instrumentos de gestión del gasto público y para estructurar mecanismos que resulten más adecuados para el cumplimiento de los fines del Estado.

De igual manera, la diferenciación es razonable, pues no excluye de manera absoluta a las fiduciarias privadas del mercado, sino que se trata de una limitación específica relacionada con tres patrimonios autónomos concretamente, sin que ello impida *per se* que las sociedades privadas puedan celebrar contratos de fiducia con entidades públicas en otros escenarios.

Así las cosas, la medida no desconoce el mandato de igualdad, ya que el trato diferenciado está soportado en una razón suficiente, que surge de la amplia libertad de configuración con que cuenta el Legislador, especialmente en materia de recursos públicos, y no en un simple capricho arbitrario. Como consecuencia, los apartados contenidos en los artículos demandados no desconocen el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 Superior.

- Tercer cargo: vulneración a la libertad económica y la libre competencia

Sobre este cargo, el demandante argumentó que las disposiciones acusadas vulneran la libertad económica y la libre competencia consagrados en los artículos 333 Superior. Al respecto, el demandante sostiene que los artículos 73, 279, 307 y 329 de la Ley 2294 de 2023 vulneran los artículos 333 de la Constitución Política, al restringir injustificadamente la participación de las sociedades fiduciarias privadas en la administración de determinados recursos públicos, lo cual, a su juicio, configura una limitación indebida a la libertad económica y una afectación a la libre competencia, al excluir a un segmento del mercado fiduciario.

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2020.

Corresponde, entonces, examinar si la medida legislativa cuestionada desconoce los límites constitucionales aplicables a la intervención del Estado en la economía.

La libertad económica y la libre competencia constituyen principios constitucionales que garantizan la posibilidad de acceder y participar en el mercado en condiciones de igualdad, sin restricciones arbitrarias o desproporcionadas. No obstante, la propia Constitución, en su artículo 333 reconoce que no se trata de libertades absolutas, y faculta expresamente al Legislador para intervenir en la economía, con el fin de racionalizarla, proteger el interés general y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado

En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el Congreso goza de un amplio margen de configuración normativa para regular el acceso a determinadas actividades económicas, especialmente cuando están estrictamente relacionadas con la gestión de recursos públicos o a la ejecución de políticas públicas.

Las normas demandadas constituyen una medida de intervención económica, en la medida en que delimitan el universo de sujetos habilitados para administrar ciertos patrimonios autónomos creados o transformados por el Legislador, reservando dicha función a sociedades fiduciarias de naturaleza pública.

Dicha intervención, sin embargo, no implica la proscripción general de la actividad fiduciaria privada, ni la exclusión estructural de las fiduciarias privadas del mercado, sino una limitación específica y sectorial, circunscrita a determinados fondos o patrimonios autónomos definidos expresamente por la ley, máxime, teniendo en cuenta que, estos fondos especiales constituyen instrumentos de ejecución de políticas públicas orientadas a la realización de fines constitucionales del Estado. En conjunto, estos fondos están dirigidos a la promoción de la igualdad material y el cierre de brechas sociales y de género, el impulso del desarrollo económico regional y sectorial, la consolidación de la paz, así como a la garantía progresiva de derechos fundamentales y colectivos asociados al trabajo digno, el desarrollo sostenible, el acceso al agua y saneamiento básico, la transición energética, el desarrollo rural integral y el fortalecimiento de sectores estratégicos de la economía nacional.

En este sentido, la administración de los recursos que conforman dichos fondos no responde a una lógica meramente financiera o contractual, sino que se inscribe en la gestión del interés general y en la implementación coordinada de políticas públicas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, lo que justifica la adopción de esquemas fiduciarios como mecanismos instrumentales para asegurar una gestión técnica, transparente y orientada de recursos públicos con destinación específica.

Desde la perspectiva constitucional, la intervención examinada persigue una finalidad legítima, consistente en garantizar una gestión alineada con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, reforzar los mecanismos de control institucional sobre determinados recursos públicos y asegurar su administración conforme a prioridades de política pública definidas por el Legislador.

Estas finalidades se inscriben claramente dentro de los propósitos de intervención estatal autorizados por los artículos 333 y 334 de la Constitución, en particular, la dirección general de la economía y la protección del interés general, máxime, teniendo en cuenta que los diferentes fondos regulados en las disposiciones acusadas tienen

diversas finalidades relacionadas con el interés general y la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales.

En cuanto a la razonabilidad de la medida, debe advertirse que la restricción cuestionada no elimina la posibilidad de que las fiduciarias privadas participen en el mercado fiduciario, ni les impide celebrar contratos de fiducia mercantil con entidades públicas en los eventos autorizados por el ordenamiento jurídico.

La limitación se circunscribe a la administración de ciertos patrimonios autónomos creados por la ley, lo cual constituye una decisión de política legislativa que se enmarca en el margen de apreciación del Congreso y que no resulta manifiestamente irrazonable o desproporcionada.

Por otra parte, la medida no introduce barreras de acceso arbitrarias, ni favorece indebidamente a un agente económico en detrimento de otros, sino que asigna la función a sujetos de naturaleza pública, lo que excluye, un escenario de competencia desleal. En el escenario específico previsto en el artículo 307 de la Ley 2294 de 2023, la referencia a la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. no constituye una designación legal exclusiva, ni un mandato cerrado en favor de un operador determinado, sino una enunciación de carácter ilustrativo, acompañada de la habilitación expresa para que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo determine la sociedad fiduciaria encargada de la administración del FONTUR, de conformidad con los lineamientos que fije. Además, como ya se explicó, no se hace alusión alguna al requisito de que sea pública. En consecuencia, la norma no impone una obligación legal de contratar con un único agente, sino que establece una facultad en cabeza de dicha cartera para decidir con quién contratar, lo cual descarta la configuración de un privilegio indebido y resulta compatible con los principios de libre competencia e igualdad en el acceso a la gestión de recursos públicos.

Desde la perspectiva de la libre competencia, la exclusión de las fiduciarias privadas en los supuestos regulados no configura una restricción anticompetitiva en sentido constitucional, en la medida en que no se crea un monopolio privado; no se modifican las reglas del mercado fiduciario; y no se impide el ejercicio de la actividad económica fiduciaria en ninguna medida.

Sobre el particular, vale la pena recordar la Sentencia C-243 de 2006, en la cual la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 25 parcial de la Ley 100 de 1993. En dicha oportunidad, el Alto Tribunal analizó la medida que establecía un trato desigual entre las fiduciarias de naturaleza pública y las de naturaleza privada, al determinar que el Fondo de Solidaridad Pensional sería administrado por sociedades fiduciarias de naturaleza pública.

En esa ocasión, estableció que el trato preferencial a las sociedades fiduciarias del sector social solidario no constituía una vulneración a la Carta, pues *“además de perseguir fines constitucionalmente válidos, obedece a motivos adecuados, suficientes y necesarios que garantizan el cumplimiento de los objetivos perseguidos. Además, el medio utilizado resulta idóneo a la consecución de la finalidad buscada y no sacrifica desproporcionadamente los intereses privados, al permitir al Estado cumplir con los imperativos constitucionales (artículos 1, 2, 48 y 333) propios del Estado social de derecho (...)”*⁸⁷.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-243 de 2006.

Adicionalmente, concluyó que la diferenciación no constituía una vulneración al derecho a la igualdad ni al núcleo esencial de la libertad económica e iniciativa privada, en atención a la calidad del Estado de garante de los recursos públicos, lo que lo faculta para determinar la fórmula que considera más efectiva en el ejercicio de la administración de éstos, en búsqueda de mayores garantías en el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho⁸⁸.

Conforme a lo expuesto, el caso concreto gira en torno a una reserva funcional adoptada por el Legislador respecto de ciertos recursos públicos específicos, lo cual constituye una expresión legítima de la potestad estatal de organización y dirección de la economía.

En consecuencia, las disposiciones demandadas no vulneran la libertad económica ni la libre competencia, pues la restricción que introducen responde a una finalidad constitucionalmente legítima, se inscribe dentro del margen de configuración normativa del Legislador y no resulta desproporcionada ni arbitraria. Así, este cargo no está llamado a prosperar.

VI. SOLICITUD

- Declararse **INHIBIDA** para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de los artículos 73, 279, 307 y 329 (parciales) de la Ley 2294 de 2023 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 ‘Colombia Potencia Mundial de la Vida’*”, con relación al cargo por violación del bloque de constitucionalidad.
- Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de los artículos 73, 279, 307 y 329 (parciales) de la Ley 2294 de 2023 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 ‘Colombia Potencia Mundial de la Vida’*”, con relación a los cargos por violación de los principios de la función administrativa, el derecho a la igualdad y la libertad económica y la libre competencia.

Atentamente,


GREGORIO ELJACH PACHECO
Procurador General de la Nación


Proyectó: Tania Milena Daza Márquez
María Camila Rodríguez Atuesta ✓
Revisó: Gloria María Jaimes Neira
Revisó y aprobó: Carolina Rico Marulanda 

⁸⁸ Ibidem.