

XVI ASAMBLEA GENERAL DE OLACEFS

Quito, noviembre 7 a 10 de 2006

TEMA TÉCNICO 1: FIDECOMISOS, FONDOS Y MANDATOS: RENDICIÓN DE CUENTAS Y FISCALIZACIÓN

**Colaboración Técnica de la Contraloría General de la República de
Colombia**

**Preparada por: Contraloría Delegada para Gestión Pública e
Instituciones Financieras**

FIDECOMISOS, FONDOS Y MANDATOS: RENDICIÓN DE CUENTAS Y FISCALIZACIÓN

1. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

La Fiducia Pública es una herramienta financiera para administrar recursos estatales en desarrollo de proyectos de interés general. En Colombia el instrumento se encuentra consagrado en el Estatuto General de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993, Art. 32 numeral 5), y se denomina Encargos Fiduciarios y/o Fiducia Pública. Se trata de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una Fiducia debido a que no hay traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo.

Las principales características de la Fiducia Pública son:

- La fiducia pública no implica transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitidos.
- Tampoco constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad de la fiducia, en manos de la sociedad fiduciaria, salvo en los casos expresamente autorizados por la Ley.
- La adjudicación de los subcontratos debe ser realizada por la entidad estatal fideicomitente.
- No se puede pactar que la comisión de la sociedad fiduciaria sea con cargo a los rendimientos, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

La selección de la sociedad fiduciaria a contratar por parte de una entidad estatal, debe efectuarse con rigurosa observancia de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, esto es, con base en el procedimiento de licitación o concurso previsto por ella, salvo en los casos expresamente señalados en esa Ley y en normas especiales.

La Fiducia ha sido utilizada para administrar bienes y recursos públicos en múltiples sectores y con diversas finalidades cuyo rasgo común es lograr mayor transparencia y eficiencia en la gestión de la administración pública, a través de la celebración de encargos fiduciarios, contratos de fiducia pública y fiducia mercantil.

2. Registro de inscripción, control y seguimiento de la fiducia

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en la Ley 80 de 1993, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

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

Entre los registros se encuentran: En el Diario único de Contratación Pública, inscripción en el Sistema de Información para la Contratación Estatal - SICE, y en general el proceso de contratación debe publicarse en la pagina web de cada entidad. De igual manera, algunas instituciones llevan a cabo audiencias públicas, en virtud de la transparencia gubernamental.

Ahora bien, el proceso de rendición de la cuenta en cuanto a la información que deben brindar a los entes de control, no especifican la tipología para los fideicomisos, lo que implica que en la CGR no se cuenta con un listado detallado y específico. La Rendición de la Cuenta presenta los formatos 5 y 5A referentes a la contratación en general, donde los entes deben suscribir cualquier contrato celebrado superior a los 50 SMMLV.

Otra herramienta con la que cuenta la CGR es el SICE, pero debe aclararse que aún no cuenta con un elemento que permita generar cuadros con información seleccionada, arrojando un listado exclusivo sobre los fideicomisos públicos.

Lo anterior conlleva a que en caso de necesitar establecer el total nacional de fideicomisos públicos, mandatos y/o contratos análogos, deba revisar la base de datos general (Cuadro 5 y 5A de la Rendición de Cuentas por entidad), seleccionar los de este tipo de características, cotejar con la entidad y, en caso de llevar a cabo una verificación, llevar a cabo un cruce con la Superintendencia Financiera, ya que toda contratación de este tipo debe llevar la debida aprobación de este organismo.

3. Herramientas de apoyo

La CGR cuenta con un instrumento que es el Audite, en el cual se establece los procedimientos, pautas, técnicas a seguir para efectos de realizar el proceso auditor, en general y en este caso los procedimientos y criterios especializados para el caso de la Fiducia Pública y los contratos fiduciarios. Donde los procedimientos sugeridos conllevan a la realización de una auditoría de tipo legal, con el fin de verificar la adopción y cumplimiento de las normas, estatutos y leyes allí involucradas. El equipo

auditor, basado en el Memorando de Encargo o en su criterio, puede profundizar, dada la importancia y trascendencia de la misma, llevando a cabo verificaciones que le permitan identificar elementos de juicio para establecer los criterios de eficacia, eficiencia y economía con el que se va desarrollando.

Adicionalmente el SICE, genera unas alarmas, cuando encuentra inconsistencias en la gestión de las Entidades.

Igualmente, el Estatuto Financiero le establece unas condiciones especiales a las Entidades Fiduciarias a las cuales deben someterse, y cuyo control lo ejerce al Superintendencia Financiera, a quien deben rendirle información mensualmente.

4. Temas de revisión

Los temas sobre los cuales la Contraloría General ejerce control en términos generales a verificar y constatar que:

- El Contrato suscrito estuvo dirigido a un encargo fiduciario cuyo objeto fue la administración o el manejo de los recursos vinculados al desarrollo de todos o parte de los contratos que esa Entidad necesito suscribir.
- La selección de la sociedad fiduciaria (pública o privada) se haya realizado estrictamente mediante proceso licitatorio que ordena la ley contractual.
- Las condiciones o compromisos pactados con la fiduciaria en cuanto a la administración o manejo de los recursos y con base en ellos precise la fecha en que la Entidad situó los fondos y la fecha en que efectivamente se realizaron los pagos, determinando los saldos sin ejecutar y las razones.
- La entidad de crédito o sociedad fiduciaria tenga dicha calidad, es decir que esté debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria.
- Los contratos o subcontratos de fiducia celebrados no contravengan el Artículo 335 de la Constitución Política, pues estarían viciados de nulidad; si tal caso se dio, la entidad fideicomitente debió repetir contra el beneficiario adjudicatario del respectivo contrato.

ANEXO: NORMATIVA RELACIONADA CON EL TEMA DE FIDUCIAS

De otra parte, la ley 100 de 1993 prevé la creación de diversos fondos para la administración de recursos monetarios derivados de aportes que deban hacerse al sistema de seguridad social. Entre otros se encuentran El Fondo de Solidaridad Pensional, el Fondo para la inversión de las reservas de invalidez, vejez y muerte (IVM), así como de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (ATEP), el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional y el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud, Pasivos Pensionales de las Universidades (Ley 110/94).

LEY 101 DE 1993: Establece la posibilidad de que los recursos parafiscales del sector agropecuario sean administrados por sociedades fiduciarias.

LEY 142 DE 1994: Creó las comisiones reguladoras de los diferentes servicios públicos y estableció la posibilidad de celebrar contratos de fiducia de administración para el manejo de los recursos de dichas comisiones, los cuales provienen de las contribuciones que pagan las entidades sometidas a la regulación de cada comisión.

LEY 143 DE 1994: Establece la celebración de un contrato de Fiducia Mercantil celebrado por el Ministerio de Minas y Energía, con el fin de manejar y administrar los recursos asignados del presupuesto Nacional para la Unidad de Planeación Minero Energética.

LEY 281 DE 1996: La limitación contemplada por la Ley 80 en lo relacionado con la transferencia de los bienes y la constitución de patrimonios autónomos no será aplicable en el trámite liquidatorio del Instituto de Crédito Territorial.

DECRETO 197 DE 1999: Fondo para la reconstrucción del eje cafetero.

DECRETO 1065 DE 1999: Faculta al liquidador de la Caja Agraria para celebrar contratos de fiducia.

DECRETO 2153 DE 1999: La administración y el manejo de los recursos para el pago del pasivo pensional de ECOPETROL estarán a cargo de uno o varios patrimonios autónomos, que servirán como garantía y fuente de pago del pasivo pensional de ECOPETROL.

LEY 550 DE 1999: Con el fin de adelantar la reestructuración de pasivos de las entidades territoriales, autoriza a dichas entidades a celebrar contratos de fiducia de administración de recursos que garanticen el funcionamiento de la entidad, para lo cual se establecen gastos preferentes definidos por la ley y que deben ser atendidos por la fiduciaria con cargo a los recursos que reciba la entidad territorial.

LEY 549 de 1999: Crea el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Territorial. Sus recursos pueden ser administrados en patrimonios autónomos constituidos en sociedades fiduciarias.

DECRETO 149 DE 2000: Autoriza el manejo del Fondo de Inversión para la Paz mediante encargos fiduciarios, fondos fiduciarios y contratos de fiducia.

LEY 617 DE 2000: Exige la celebración de un contrato de fiducia para la administración de los recursos dedicados a garantizar el pago de las deudas de las entidades territoriales. La entidad territorial puede efectuar la contratación directa de la fiduciaria, contratación que también podrá darse para la administración del fondo de contingencias que se incrementa con recursos provenientes del tesoro nacional, cuya finalidad consiste en respaldar el pago de las deudas que deben ser cubiertas por las entidades territoriales.

DECRETO 1813 de 2000: Establece que el Director Ejecutivo del Fondo de Inversión para la Paz podrá contratar el manejo de recursos del fondo mediante contratos de encargo fiduciario, fondos fiduciarios y contratos de fiducia.

LEY 688 de 2001: Crea el Fondo de Reposición y Renovación del Parque Automotor de Servicio Público de Transporte Terrestre de Pasajeros. Este fondo podrá ser administrado mediante contrato de fiducia.

LEY 710 de 2001: Se autoriza al Ministerio de Comercio Exterior a celebrar una fiducia mercantil con los terrenos de la antigua Zona Franca de Buenaventura.

DECRETO 070 DE 2001: Autoriza al Ministerio de Minas y Energía la celebración de Fiducia Mercantil para el manejo y administración de los recursos presupuestales de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, y de la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME.

DECRETO 555 de 2003: Crea el Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA, encargado de consolidar el sistema de información de vivienda en el país y ejecutar las políticas del Gobierno en cuando a vivienda de interés social, cuyos recursos pueden ser manejados total o parcialmente a través de contratos de fiducia, encargo fiduciario, fondos fiduciarios, o contratos de de mandato.

LEY 793 DE 2003: La ley de extinción de dominio establece que cuando se tomen medidas cautelares sobre bienes se otorgue la administración de estos a sociedades fiduciarias, bajo las reglas del derecho mercantil y el derecho financiero