

URGENTE

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.

80112 –
Bogotá, D.C.,

Señor
EDGAR EDUARDO GUERRERO RODRIGUEZ
Carrera 17 No. 34-86 Edificio Mercantil
Bucaramanga - Santander

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 20-01-2011 05:11
Al Contestar Cite Este No.: 2011EE2430 O 1 Fol: 2 Anex: 0
ORIGEN: 104 - OFICINA JURIDICA ROMERO CRUZ RAFAEL ENRIQUE
DESTINO: SEÑOR EDGAR EDUARDO GUERRERO RODRIGUEZ
ASUNTO: CARTERAS COLECTIVAS FIDUCIA INVERSION DE RECURSO
OBS: PROYECTO WILSON RENE GONZALEZ D; PROYECTO: ISABE

Asunto: CARTERAS COLECTIVAS. FIDUCIA. Inversión de recursos públicos.

1. ANTECEDENTE.

Recibimos oficio 2010IE66659 del 30 de noviembre de 2010, por parte de la Dirección de Atención Ciudadana de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, trasladándonos a manera de solicitud de concepto jurídico su oficio en el cual señala: *"Con dineros públicos las entidades públicas constituyeron y/o firmaron un contrato de FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS, constituyendo para tal efecto patrimonios autónomos con el fin de administrar dichos recursos. A su vez, quedó establecido en dicho contrato de fiducia mercantil que en momentos de liquidez la FIDUCIARIA podrá invertir dichos recursos públicos en bolsa a través de un (sic) CARTERA COLECTIVA, por tanto, pregunto:*

- a) *¿Los recursos públicos se pueden invertir en actividades especulativas como la bolsa de valores?*
- b) *¿Las CARTERAS COLECTIVAS que se forman con recursos públicos están permitidas por la Ley? ¿Cuál es su sustento jurídico?*
- c) *¿En el evento de no estar permitido legalmente la inversión de recursos públicos en carteras colectivas con el fin de invertir en bolsa, como se denomina desde el punto de vista fiscal la FALTA que haya cometido el funcionario y/o servidor público que haya autorizado contractualmente la ejecución de esta figura?"*

Las mismas inquietudes las plantea respecto de un contrato de encargo fiduciario.

2. CONSIDERACIONES JURIDICAS

a) Fiducia

El artículo 2º de la Ley 80 de 1993, señala las personas y entidades que en materia de contratación se rigen por la Ley 80 de 1993.

Nuestra Visión: Tener una administración pública, fundamentada en la eficiencia y moralidad.

Carrera 10 No. 17-18 P. 25 • PBX: 3537700 • Bogotá, D. C. • Colombia • www.contraloriagen.gov.co

Existe una fiducia pública (regulada en la Ley 80 de 1993)¹ y otra privada (regulada en el Código de Comercio), la pública se realiza cuando interviene una de las personas y entidades que se rigen por el Estatuto de Contratación Administrativa, y la privada por los particulares y personas que no se rijan por dicho Estatuto.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determina: "*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.

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

Sobre fiducia pública:

El Consejo de Estado, en Concepto 1074 de 1998, precisó "que la norma contenida en el inciso 8º del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, según la cual "A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley", significa que a la fiducia pública se le aplican las normas de la fiducia mercantil contempladas en el mencionado Código, con las siguientes cuatro salvedades: a) en la fiducia pública no hay transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitidos; b) no se constituye un patrimonio autónomo; c) la adjudicación de los contratos derivados de ella corresponde a la entidad estatal fideicomitente, y c) la comisión de la sociedad fiduciaria no se puede cancelar con los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos estén presupuestados. Lo anterior no se aplica respecto de los casos en que dicha ley autoriza patrimonios autónomos, como tampoco para el caso de la fiducia mercantil previsto en ley posterior."

¹ Este Despacho en los conceptos EE35138 del 20 de mayo de 2010, EE63485 del 27 de diciembre de 2007, OJ.2006EE62754, se ha pronunciado sobre el tema de la fiducia pública.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en Sentencia con radicado No. 15275 de septiembre de 2007, ha señalado: "Se trata de una propiedad formal en cabeza del fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; pero sobre la cual no tiene las facultades de libre disposición propios del derecho de dominio. Los bienes fideicomitidos forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo, según señala el artículo 1233 del Código de Comercio.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-086, 10 de marzo de 1995, determinó: "Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el **Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5° del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993".**

Esta Oficina en el Concepto EE35138 de mayo 20 de 2010, señaló: "Para comenzar estimamos pertinente realizar algunas precisiones sobre la fiducia pública comenzando por decir que es ésta un negocio fiduciario introducido a partir de la Ley 80 de 1993, el cual, por regla general, no implica transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituye tampoco un patrimonio autónomo, distinto del propio de la entidad estatal (art 32-5° inc. 8°). De manera excepcional, la misma ley 80 prevé en el artículo 41 parágrafo 2° inciso 2° la constitución de patrimonios autónomos, con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales. Este tipo de fiducia es diferente de la tradicional fiducia consagrada en el Código de Comercio, la cual se caracteriza por implicar una transferencia de propiedad, caso que no se da en el caso de la fiducia pública, la cual tiene un tinte más cercano al encargo fiduciario, por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo, sin que se pueda confundir con el mismo."

El artículo 41, parágrafo 2°, inciso 2°, de la Ley 80/93, determina: "...Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios

autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales".

El caso objeto de la consulta trata sobre la constitución de una fiducia pública por cuanto se constituye por entidades del Estado, según señala el consultante, así las cosas lo propio para efectos de la administración de determinados recursos del Estado, es la constitución de fiducia pública o encargo fiduciario en el que no se constituye un patrimonio autónomo ni hay transferencia de dominio.

No obstante que si lo que se trata es de la titularización de activos es dable la constitución de un patrimonio autónomo por una entidad autorizada por la Superintendencia Financiera que puede ser una fiduciaria y que puede obedecer a la forma de fiducia, no obstante que dicha constitución de patrimonio autónomo no puede implicar el desprendimiento por parte del Estado de la propiedad sobre sus bienes por dos razones: La primera, porque la finalidad del patrimonio autónomo es que los bienes afectados mediante el negocio fiduciario, se encuentren a salvo respecto de los demás negocios o gestiones que adelante el fiduciario como fruto del giro ordinario de sus asuntos; y la segunda porque si bien las normas comerciales² establecen la previsión que en el contrato de fiducia se presenta una transferencia de dominio, es de aclarar que la fiducia da nacimiento a una propiedad formal³ o aparente⁴, mas no plena con todos los atributos que confiere la propiedad de un bien, así los recursos ingresan a un patrimonio autónomo pero están afectos al cumplimiento de una finalidad pública específica.

Conforme hasta lo aquí citado, se puede decir que por regla general la celebración de un contrato de fiducia para la administración de unos recursos, en el que una de las partes se rige por el Estatuto de contratación administrativa, implica la celebración de una fiducia pública o encargo fiduciario en el que no hay transferencia de dominio ni constitución de patrimonio autónomo. Como excepción a dicha regla se puede celebrar un contrato de fiducia en el que se permita la constitución de un patrimonio autónomo pero sólo cuando se persigue la titularización de unos activos. Así las cosas la entidad consultante debe evaluar a la luz de lo señalado, los contratos de fiducia que ha celebrado o va a celebrar.

b) Carteras Colectivas

El Decreto 2175 de 2007, regula el tema de las carteras colectivas. En primer lugar establece que las carteras colectivas previstas en Decreto sólo podrán ser administradas

² Código de Comercio Artículo 1226 "La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario..."

³ Superintendencia Bancaria, Oficio OJ - 479 de septiembre 25 de 1973.

⁴ Negocios Civiles y Comerciales, Tomo I, Negocios de Sustitución, Gabriel Escobar San. Universidad Externado de Colombia, Página 131.

por sociedades comisionistas de bolsa de valores, sociedades fiduciarias y sociedades administradoras de inversión, luego entra a definirlas como mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con el aporte de un número plural de personas determinables, una vez la cartera colectiva entre en operación, recursos que serán gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos, posteriormente establece tres clases de carteras colectivas: Abiertas, cerradas y escalonadas, definiendo cada una de ellas, esto entre otros aspectos que regula el Decreto.

El artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, modificado por el artículo 1 del Decreto 4686 de 2010, autoriza a las entidades territoriales y sus descentralizadas con participación pública superior al cincuenta por ciento a invertir los excedentes de liquidez en carteras colectivas del mercado monetario o abiertas sin pacto de permanencia, en ambos casos siempre y cuando la sociedad fiduciaria administradora de las mismas, cuente con la calificación prevista en el parágrafo 3º del Decreto 4686 y cumpla, como administrador de la cartera colectiva con el régimen de inversión previsto en el inciso único y el parágrafo 1 del artículo 1 del mismo Decreto.

Sobre las características de las carteras colectivas la Superintendencia Financiera en el Concepto 2009008151-001 del 23 de febrero de 2009, señaló:

"Al respecto me permito comentarle lo siguiente:

Con el propósito de suprimir todo arbitraje regulatorio que existiera entre los fondos de inversión vigentes en Colombia, se emitió el Decreto 2175 de 2007, a través del cual se les dio una denominación general de "Carteras Colectivas", que recogía todos los vehículos de inversión a través de los cuales se captan o administran sumas de dinero u otros activos, integrados con el aporte de un número plural de personas determinables, gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos."

La Superintendencia Financiera – citando un Concepto de la Dirección Jurídica frente a las indicaciones de la Delegatura para Aseguradoras e Intermediarios de Seguros y Reaseguros-, en el Concepto 2009045024-006 del 14 de diciembre de 2009, señaló: "Empero, tal situación no se predica de las coberturas sobre capital y/o rentabilidad de las carteras colectivas, pues a través de éstas se constituyen obligaciones de medio y no de resultado, mediante inversiones que, por demás, entrañan riesgo especulativo. Y se hace evidente que tales actividades, en razón de su naturaleza, no corresponden a las que son susceptibles de aseguramiento (esto es, las que representan riesgo puro que, como se sabe, son el objeto de la institución del seguro).

"En relación con las distintas manifestaciones del riesgo especulativo, que es ajeno al negocio de seguros, la doctrina especializada en la materia expresa lo siguiente:

"El riesgo especulativo implica, a la vez, la posibilidad de pérdida y la de ganancia. Se advierte así, prima facie, su trascendencia en la vida económica. El juego, en sus distintas modalidades,

Nuestra Visión: Tener una administración pública, fundamentada en la eficiencia y moralidad.

Carrera 10 No. 17-18 P. 25 • PBX: 3537700 • Bogotá, D. C. • Colombia • www.contraloriagen.gov.co

nos da ejemplo a granel del riesgo especulativo: desde la apuesta, en que se compromete una suma grande o pequeña (posibilidad de pérdida), a trueque de obtener otra igual o mayor (posibilidad de ganancia), hasta la lotería en que a cambio de una suma cierta (el precio del billete), aspiramos al premio mayor o, en último término, a la más pequeña de las aproximaciones. La misma especulación bursátil nos ofrece riesgos típicos del riesgo especulativo: la inversión en valores que bajan, para deshacerse de ellos cuando suben, y la venta de los valores que suben, para rescatarlos cuando bajan, encierran posibilidades de pérdida y de ganancia, constituyen riesgo especulativo. Toda nueva empresa industrial o comercial, así sea la mejor proyectada, tras las halagüeñas perspectivas de ganancia, oculta gérmenes, más o menos peligrosos, de posible fracaso. He ahí diversas manifestaciones del riesgo especulativo. Importa captar su zona de influencia, advertir con claridad su fisonomía, para distinguirlo inequívocamente del riesgo puro que, objeto del seguro, moldeado técnica, económica y jurídicamente a la órbita de esta institución, es el tema de éste ensayo.

"De otro lado, no está de más recordar la advertencia que el artículo 41 del Decreto 2175 de 2007, mediante el cual se regula la administración y gestión de las carteras colectivas, efectúa respecto de los riesgos que comportan las inversiones de tales vehículos y las obligaciones de las sociedades que tienen autorizada su administración:

"En los mecanismos de información deberá figurar la siguiente advertencia de forma visible, clara y destacada: "Las obligaciones de la sociedad administradora de la cartera colectiva relacionadas con la gestión del portafolio son de medio y no de resultado. Los dineros entregados por los inversionistas a la cartera colectiva no son depósitos, ni generan para la sociedad administradora las obligaciones propias de una institución de depósito y no están amparados por el seguro de depósito del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN, ni por ninguno otro esquema de dicha naturaleza. La inversión en la cartera colectiva está sujeta a los riesgos de inversión, derivados de la evolución de los precios de los activos que componen el portafolio de la respectiva cartera colectiva"'. (...)" (resaltados fuera de texto).
(Subrayas fuera de texto).

De manera que la posibilidad de inversión de excedentes de liquidez está contemplada vía Decreto para las entidades territoriales y sus descentralizadas con participación pública superior al 50%.

El artículo 3° de la Ley 610 de 2000, señala: "Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales."

Así las cosas la permisión señalada por el Decreto 4686 de 2010, debe leerse en armonía con lo dispuesto en la Ley 610 de 2000, de manera que siendo que las carteras

colectivas no garantizan sino una obligación de medio y no de resultado, así como también el carácter de riesgo especulativo que entrañan por cuanto implican meras posibilidades de pérdida o de ganancia que genera su falta de aseguramiento, que además están sujetas a los riesgos de inversión, ello en consecuencia implica un conjunto de características que involucran una eventual pérdida para los recursos del Estado o los ponen en riesgo y que no se encuentran cubiertos por una garantía que debe amparar a todos los recursos y bienes del Estado cuyo aseguramiento además es muestra de una correcta gestión fiscal.

3. CONCLUSIÓN

A sus inquietudes respondemos:

Primera pregunta. *¿Los recursos públicos se pueden invertir en actividades especulativas como la bolsa de valores?*

Tratándose de inversión de excedentes de liquidez de recursos públicos, se debe preferir aquellas formas establecidas en el ordenamiento jurídico, que permitan su aseguramiento y una ganancia que supere las posibilidades y los riesgos especulativos, así como el pacto de obligaciones de resultado, para evitar detrimento patrimonial al Estado.

Segunda pregunta. *¿Las CARTERAS COLECTIVAS que se forman con recursos públicos están permitidas por la Ley? ¿Cuál es su sustento jurídico?* El artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, modificado por el artículo 1 del Decreto 4686 de 2010, autoriza a las entidades territoriales y sus descentralizadas con participación pública superior al cincuenta por ciento a invertir los excedentes de liquidez en carteras colectivas del mercado monetario o abiertas sin pacto de permanencia, en ambos casos siempre y cuando la sociedad fiduciaria administradora de las mismas, cuente con la calificación prevista en el parágrafo 3º del Decreto 4686 y cumpla, como administrador de la cartera colectiva con el régimen de inversión previsto en el inciso único y el parágrafo 1 del artículo 1 del mismo Decreto.

Así las cosas la cartera colectiva está permitida para las entidades territoriales y sus descentralizadas y bajo los parámetros descritos. No obstante dicha autorización para invertir los excedentes de liquidez, como ya lo señalamos, no garantizan una obligación de resultado sino de medio, dado el riesgo especulativo que entrañan por cuanto implican meras posibilidades de pérdida o de ganancia, no asegurables, por lo que al llegar a dar resultados negativos, evidentemente serán objeto de vigilancia y control fiscal por la eventual pérdida de recursos públicos sin posibilidad de aseguramiento; por ello existiendo otras posibilidades de inversión de recursos públicos que generen ganancia se debe preferir aquellas que permitan aseguramiento y garanticen un resultado positivo para evitar detrimento patrimonial.

Tercera pregunta. ¿En el evento de no estar permitido legalmente la inversión de recursos públicos en carteras colectivas con el fin de invertir en bolsa, como se denomina dese el punto de vista fiscal la FALTA que haya cometido el funcionario y/o servidor público que haya autorizado contractualmente la ejecución de esta figura? La no permisión legal de una conducta, puede entrar en el campo disciplinario, por lo tanto respecto del tema es la Procuraduría General de la Nación⁵, quien conoce de faltas por violación al ordenamiento jurídico en tratándose de la función pública. No obstante si el despliegue de una conducta que no está permitida legalmente genera detrimento patrimonial, corresponde a las contralorías adelantar la indagación y proceso correspondiente, así las cosas la falta en materia de responsabilidad fiscal constituye un detrimento patrimonial, el cual será analizado en cada caso concreto. Dicho detrimento respecto de la inversión de recursos públicos en carteras colectivas, aún cuando está regulada mediante Decreto para entidades territoriales y sus descentralizadas con participación pública superior al 50%, se observa por las razones expuestas en la respuesta a su segunda pregunta, que se pueden poner en riesgo los recursos del patrimonio público y por lo tanto sería prudente auscultar otras posibilidades de inversión.

4. ALCANCE DEL CONCEPTO

Se hace procedente indicar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es decir, carecen de fuerza vinculante.

Finalmente lo invitamos a consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace *normatividad - conceptos* de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,



RAFAEL ENRIQUE ROMERO CRUZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Isabella Narváez Coral. Profesional Universitario
Revisó: Álvaro Barragán Ramírez. Coordinador de Gestión

2010EE66659

⁵ La Procuraduría General de la Nación es la encargada de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por faltas disciplinarias se adelanten contra los servidores públicos y contra los particulares que ejercen funciones públicas o manejan dineros del Estado, de conformidad con lo establecido en el Código Único Disciplinario ó Ley 734 de 2002.