

80112 – EE5129

Bogotá D.C., Enero 29 de 2009.

Doctora

**SONIA ABISAMBRA DE SANIN**

Presidente

Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. FIDUCOLDEX

Ciudad

Referencia: Su solicitud de concepto sobre rendición de la cuenta FIDUCOLDEX.

Respetada Doctora:

## 1. Antecedente

Conoce esta Oficina de su consulta relativa a la rendición de la cuenta por parte del Fideicomiso Proexport Colombia, formulada en los siguientes términos:

- a) *Definir que el FIDEICOMISO DE PROMOCION DE EXPORTACIONES PROEXPORT COLOMBIA no está obligado a presentar los formatos de Rendición de la Cuenta, bajo la modalidad de formatos que se exigen para los particulares que manejan recursos públicos, pues no tiene tal calidad, y no es un sujeto de control distinto del fiduciario que lo administra. En relación con este fideicomiso el sujeto de control es Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A.FIDUCOLDEX. – fideicomiso Proexport Colombia, recordando que es la persona jurídica la que tiene la obligación de rendir la cuenta.*
- b) *Definir que el dictamen y fenecimiento de cuenta que la Contraloría General de la República emite sobre los estados financieros de la fiduciaria tiene alcance sobre los patrimonios autónomos que administra, por cuanto los hechos económicos de un fideicomiso se registran en las cuentas fiduciarias y hacen parte de los estados financieros del fiduciario, de manera que no hay lugar a dictamen separado, por el fideicomiso. En consecuencia, solicitamos conceptuar que no debe existir un dictamen separado para el fideicomiso Proexport Colombia.*

- c) *Reiterar, como está claro dentro de las visitas de la Contraloría a Fiducoldex, que en la rendición de la cuenta a la Contraloría General de la República, Fiducoldex sólo debe presentar los formatos de contratos de carácter administrativo de la entidad (formatos 5, 5 A y 5 B) y no debe relacionar los contratos fiduciarios, ni de los subcontratos que se realicen en desarrollo de sus contratos de fiducia (que son realizados en desarrollo de su objeto social).*
- d) *Finalmente solicitamos su colaboración para evaluar y definir si se justifica una visita del ente de control, con equipos separados para la gestión del contrato FIDEICOMISO DE PROMOCION DE EXPORTACIONES PROEXPORT, teniendo en cuenta que como la visita es sobre la gestión de la fiduciaria, la mayoría de los funcionarios involucrados en la atención de ésta, serán los mismos que atienden a la Contraloría en la visita general. Esto último, lo proponemos como una acción orientada al ahorro y a la mejora de la productividad de las dos entidades y teniendo en cuenta que a partir de 2009, la gestión fiduciaria sobre el fideicomiso, se controla por la misma delegatura, según resolución 6001 de 2008.*

## 2. Consideraciones Previas

La resolución de los problemas jurídicos puestos a consideración de este despacho implica el análisis previo de diferentes tópicos, para lo cual se desarrollará el tema en varios subcapítulos que servirán como marco para la respuesta de fondo al debate planteado.

### 1.1 La naturaleza de FIDUCOLDEX y PROEXPORT COLOMBIA.

**FIDUCOLDEX**, es una sociedad de servicios financieros de economía mixta indirecta del orden nacional, adscrita al Ministerio de Comercio Exterior y filial del Banco de Comercio Exterior BANCOLDEX; constituida mediante escritura pública número 1.497 de octubre 31 de 1.992, otorgada en la Notaría Cuarta de

Cartagena (Bolívar), autorizada para funcionar mediante resolución número 4.535 de noviembre 3 de 1.992 expedida por la Superintendencia Bancaria[1].

El Objeto social de **FIDUCOLDEX**, es la celebración de contratos de fiducia mercantil en todos sus aspectos y modalidades, y la realización de todas las operaciones, negocios, actos, encargos y servicios propios de la actividad fiduciaria, de acuerdo con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio y las demás normas complementarias o concordantes, o las que las adicionen o sustituyan.

Atendiendo a la naturaleza jurídica de **FIDUCOLDEX**, es posible afirmar que sus actos y contratos se rigen por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), por el Título XI del Libro Cuarto de Código de Comercio y por el Código Civil.

Sobre la naturaleza de PROEXPORT, dispuso el artículo 33 del decreto 210 de 2003 lo siguiente:

*Artículo 33. Naturaleza de Proexport. Proexport es un patrimonio autónomo, integrado con los recursos destinados al fomento de las exportaciones y por los recursos provenientes de los servicios remunerados por sus usuarios, en desarrollo del literal d) del artículo 282 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*

*PARÁGRAFO: Se entiende por fomento de las exportaciones, las actividades asignadas al mencionado fideicomiso por el Decreto 663 de 1993, las acciones necesarias para ejecutar el Plan Estratégico Exportador y las labores dirigidas al fortalecimiento de la estrategia de competitividad y productividad del país y al desarrollo de los instrumentos de apoyo a la oferta exportable.*

Dentro de este contexto, el fideicomiso PROEXPORT COLOMBIA es un patrimonio autónomo administrado por FIDUCOLDEX en ejercicio de su objeto social. No obstante es preciso definir el alcance de dicho patrimonio autónomo.

## 1.2. La fiducia mercantil y la fiducia pública.

Define el Código de Comercio la fiducia mercantil en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 1226. <CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL>**. 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.

*Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.*

*Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.*

En sentencia C 086 de 1995, la Corte Constitucional dijo lo siguiente la fiducia mercantil:

*“De lo anterior, se debe concluir que tanto la transferencia de dominio como la constitución de un patrimonio autónomo, son dos de los elementos sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil.*

*Un segundo elemento de este tipo de negocios jurídicos es el que puede calificarse como personal, en el cual los fines establecidos por el fiduciante para la administración de los bienes por parte del fiduciario, se enmarcan dentro de la figura del "trust" o de la confianza que el primero deposita en el segundo -es decir, en sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria-, habida cuenta de sus capacidades, su experiencia o su good will, con una destinación o una finalidad determinada, de cuyos frutos se beneficiará el mismo constituyente o un tercero.*

*El tercer elemento hace referencia a los aspectos formales de este tipo de contratos. Se trata de cumplir con los requerimientos mínimos establecidos por la ley tanto en lo que se refiere a la formación del contrato como a su ejecución y extinción. En cuanto a lo primero, el artículo 1228 del Código de Comercio, establece que la fiducia deberá constar en "escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes". Sin embargo, los Decretos 663 y 847 de 1993, principalmente, han modificado en parte la citada disposición y han permitido la constitución de fiducias sobre bienes muebles por el simple consentimiento de las partes, mientras que aquellas que versen sobre bienes objeto de registro o sobre bienes inmuebles deberán cumplir con las obligaciones correspondientes a cada uno de estos eventos. Respecto de otras formalidades, no podrán celebrarse los negocios fiduciarios prohibidos (Art. 1230) y deberán acatarse las causales de extinción de este tipo de contratos (Art. 12340).*

*Finalmente, se tiene un elemento formal-temporal, cual es que el contrato de fiducia mercantil jamás podrá contar con una duración superior a veinte (20) años (Art. 1230).”*

Sobre la fiducia pública, la sentencia en mención, la C 086/95 dijo lo siguiente:

*“Ahora bien, la Ley 80 de 1993 introdujo en el numeral 5o. del artículo 32, una regulación específica de una serie de negocios jurídicos denominados "encargos fiduciarios y fiducia pública". Sin entrar a definirlos, señaló que dichos contratos de fiducia pública sólo podrán ser celebrados previa autorización de ley, de la ordenanza o del acuerdo, según el caso. De igual forma, determinó que los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán únicamente por objeto la administración y manejo de recursos vinculados a contratos que tales entidades celebren. Asimismo, como se advirtió, esa normatividad prohibió pactar la remuneración con cargo a rendimientos del fideicomiso, así como la posibilidad de delegar en las sociedades fiduciarias los contratos que las entidades estatales celebren. No sobra reiterar que la Ley 80 estableció también que la escogencia de la sociedad fiduciaria debería hacerse por licitación o concurso y que ese contrato de fiducia "nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo de la respectiva entidad oficial".*

*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 5o. 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.”*

### 1.3. Los deberes del fiduciario

Sobre el particular, establece el Código de Comercio lo siguiente:

**ARTÍCULO 1234. <OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO>**. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

- 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;
- 3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;
- 4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;
- 5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;
- 6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;
- 7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y
- 8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.

La rendición de cuentas sería, entonces, una obligación legal indelegable radicada en cabeza de la entidad fiduciaria, que derivaría de la propia ley (artículo 1234 numeral 4 y 8 y 1236 del Código de Comercio)

La rendición de cuentas, bajo este preciso contexto, debe entonces entenderse como un informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en fiducia, con indicación de los hechos jurídicos, administrativos, económicos, etc que se den dentro de la labor encomendada, con el fin que el fideicomitente o el beneficiario puedan aprobarla o rechazarla.

#### 1.4. La rendición de la cuenta ante la Contraloría General de la República. Alcance frente al patrimonio autónomo.

No es el propósito de este escrito definir lo que es la cuenta y la rendición de la cuenta ante la Contraloría General de la República, tema por demás decantado, sino establecer el alcance de dicho deber.

Establece el artículo 4 de la Resolución Orgánica 5544 de 2003 lo siguiente:

**ARTÍCULO 4o. RESPONSABLES DE RENDIR LA CUENTA CONSOLIDADA POR ENTIDAD.** El jefe de entidad, el representante legal, o quien haga sus veces en los sujetos

*de control de la Contraloría General de la República, son responsables de rendir la cuenta consolidada por entidad sobre su gestión financiera, operativa, ambiental y de resultados, la cual para su presentación deberá estar firmada por el representante legal, el jefe de entidad o quien haga sus veces de la misma, conforme a lo establecido en el Título II de la presente resolución.*

Los artículos 30 y 31 de la referida Resolución establecen que las sociedades de economía mixta con participación accionaria estatal igual o superior al 50% del capital suscrito y pagado, deben remitir la Información Contractual, de los contratos de cuantía igual o superior a cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (Formatos números 5; 5-A y 5-B).

Cabe en este momento plantear el alcance de los artículos en mención cuando se trata de la rendición de la cuenta por parte de un patrimonio autónomo.

Es indudable que asiste al fiduciario el deber de rendir las cuentas del caso ante el fiduciante con la periodicidad establecida en la ley comercial. No obstante este deber no es el mismo que asiste al fiduciario en caso de ser sujeto de control de la Contraloría General de la República, por no existir identidad entre los sujetos ante los cuales dichas cuentas son rendidas.

Sabido es que el Patrimonio Autónomo es aquel que tiene vida propia sin necesidad estar vinculado a un sujeto de derecho, constituyéndose así en un conjunto de derechos y obligaciones que no está imputado a una persona determinada.

Bajo este criterio, estima este despacho que si bien el patrimonio autónomo es independiente y diferente del propio del fiduciario, no por ese solo hecho debe ser considerado como un ente autónomo y deslindado del fiduciario para efectos de la rendición de las cuentas a que haya lugar ante este órgano de control fiscal, fundamentado esto en dos razones básicas. La primera es que corresponde al fiduciario, en calidad de vocero y representante del patrimonio autónomo, la realización de las tareas necesarias para la preservación del patrimonio y el cumplimiento de los designios del fiduciante, incluido como es lógico la rendición de las cuentas derivadas de la gestión fiscal a que se vea sometido el patrimonio autónomo, de estar comprometidos recursos públicos en el mismo, ante el órgano de control fiscal competente para auditar al fiduciario. .

La segunda razón es que en aplicación de los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, sería contrario al principio de economía la

duplicidad en la rendición de las cuentas, cuando corresponde al fiduciario el manejo de la información propia de la gestión realizada sobre los bienes constitutivos del patrimonio autónomo. En efecto, estima este Despacho que dentro de la información remitida a este ente de control, bien sea con ocasión de la rendición de la cuenta propiamente dicha o de la realización de una auditoría gubernamental con enfoque integral, puede incluirse la relativa al patrimonio autónomo, siempre y cuando aparezca claramente deslindado lo relativo a las operaciones propias del giro de los negocios del fiduciario, de las realizadas por parte del patrimonio autónomo, sin que las mismas puedan confundirse o mezclarse.

### **3. Del caso concreto - Conclusiones**

Procede ahora el Despacho a dar respuesta a los interrogantes planteados en su consulta.

Se estima que no corresponde a PROEXPORT la presentación de los formatos de rendición de la cuenta de manera separada de los que debe rendir FIDUCOLDEX, pues corresponde al representante legal de éste último la presentación de la información de los patrimonios autónomos que representa junto con la propia de la fiduciaria.

En este punto es de vital importancia tener claridad respecto que una cosa es la rendición de la cuenta, deber ineludible tanto para el fiduciario como para el patrimonio autónomo, y otra bien distinta la posibilidad de integrar la presentación de la misma con la información presentada por el fiduciario, a condición que no exista confusión respecto de la separación de las mismas.

En consonancia con lo anterior, es claro que si existe una única rendición de cuenta por parte del fiduciario, que contiene la información relativa al patrimonio autónomo, dicha rendición debe conducir a un pronunciamiento único por parte de la Contraloría General de la República que comprenda tanto lo relativo al giro propio de los negocios del fiduciario como de los patrimonios autónomos, siguiéndose en todo caso la advertencia formulada en el párrafo anterior.

Sobre la información que se debe rendir en materia contractual, en atención a la naturaleza jurídica de FIDUCOLDEX, la misma se hará de conformidad con los artículos 30 y 31 de la Resolución Orgánica 5544 de 2003.

Finalmente, y recogiendo lo dicho en los párrafos precedentes, se estima que es improcedente que exista una visita con equipos separados por parte del ente de control, como quiera que al ser viable la rendición de la cuenta solo por parte del fiduciario comprendiendo ésta la del patrimonio autónomo, la revisión que se haga de la gestión propia del patrimonio autónomo estaría incluida dentro de la que se haga para la fiduciaria.

Por último, es necesario recordar que el presente concepto se rinde en los precisos términos del Código Contencioso Administrativo, motivo por el cual constituye un criterio auxiliar que no compromete la responsabilidad de la CGR ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordial Saludo

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO

Director Oficina Jurídica

Revisó: Juan Carlos Luna Rosero. Asesor de Gestión (E)

Rad: 2008ER94130

---

[1] Tomado de <http://www.fiducoldex.gov.co/index.php?doc=displaypage&pid=191> el día 16 de

enero de 2009.