

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN B

Bogotá, DC, ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

**Magistrado Ponente:** FREDY IBARRA MARTÍNEZ  
**Expediente:** No. 25000-2341-000-2014-01514-00  
**Actor:** LUCERO JIMÉNEZ JIMÉNEZ  
**Demandado:** CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA  
**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala en primera instancia la demanda presentada por la señora Lucero Jiménez Jiménez quien actúa por intermedio de apoderado judicial en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en contra de la Contraloría General de la República (fls. 4 a 51 cdno. ppal.).

**I. PRETENSIONES**

En el escrito de la demanda (fls. 4 a 51 cdno. ppal.) la parte actora elevó las siguientes súplicas:

**“PRIMERA PRINCIPAL.** Que se declare a (sic) **NULIDAD PARCIAL** del fallo de responsabilidad fiscal No. 074 del 31 de enero de 2013, respecto de la declaratoria de responsabilidad de la señora LUCERO JIMÉNEZ JIMÉNEZ, así como de todos los actos administrativos expedidos con anterioridad relacionados con la demandante.

**SEGUNDA PRINCIPAL.** Que se declare la **NULIDAD PARCIAL** Auto (sic) 01072 del 28 de junio de 2013, la CGR, procedió a resolver el recurso de reposición, respecto de la declaratoria de responsabilidad de la señora LUCERO JIMÉNEZ JIMÉNEZ.

**TERCERA PRINCIPAL.** Que se declare la **NULIDAD PARCIAL** del fallo No. 0052 de 21 de octubre de 2013 por el cual se resuelve el grado de consulta del fallo de responsabilidad fiscal No. 074 del 2013, respecto de la declaratoria de responsabilidad de la señora LUCERO JIMÉNEZ JIMÉNEZ.

**CUARTA PRINCIPAL.** Que se declare la **NULIDAD PARCIAL** del fallo No. 0052 de 21 de octubre del 2013, por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el fallo con responsabilidad fiscal 074, respecto de la declaratoria de responsabilidad de la señora LUCERO JIMÉNEZ JIMÉNEZ.

**QUINTA PRINCIPAL.** Que como consecuencia de lo anterior, **LA NACIÓN – CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, indemnice los perjuicios inmateriales causados a la señora **LUCERO JIMÉNEZ JIMÉNEZ**, tal como se señala a continuación:

## **2. POR CONCEPTO DE DAÑOS INMATERIALES.**

**2.1. Por concepto de daño moral: La suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV).**

**2.2. Por concepto de daño a la salud: La suma equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV).**

**SEXTA PRINCIPAL.** *Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, LA NACIÓN – CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA retire a la señora LUCERO JIMÉNEZ JIMÉNEZ del Boletín de Responsables Fiscales de manera inmediata a la notificación de la sentencia que de fin al presente proceso.*

**SÉPTIMA PRINCIPAL.** *Que sobre las anteriores sumas se realice la actuación a que haya lugar, de conformidad con las reglas previstas en el Código Contencioso Administrativo.” (fls. 11 a 12 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas y negrillas originales).*

## **II. HECHOS**

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante narró en la demanda, en síntesis, lo siguiente:

- 1) El 31 de enero de 2013 se profirió el fallo con responsabilidad fiscal no. 074 por parte de la Contraloría Delegada Intersectorial No. 2 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República dentro del proceso de responsabilidad fiscal no. 201, encontrándose la actora dentro de las personas que fueron declaradas responsables fiscales.
- 2) Los hechos que motivaron el inicio del proceso de responsabilidad fiscal fueron unas operaciones fiduciarias en las que algunas entidades territoriales invirtieron recursos públicos, operaciones que se dieron en el marco de las actividades que en razón a su objeto social adelantaba la entidad financiera Fiduagraria SA.
- 3) Fue vinculada al proceso de responsabilidad fiscal no. 201 en atención a que para la época en que ocurrieron los hechos materia de investigación, desempeñaba el cargo de vicepresidente de negocios fiduciarios de Fiduagraria SA, el que en efecto ejerció en el período comprendido entre el 3 de febrero de 2005 hasta el 6 de febrero de 2008.
- 4) Contra el fallo con responsabilidad fiscal no. 074 interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación los cuales fueron resueltos desfavorablemente, destacando que el recurso de apelación fue decidido a través del fallo no. 0052 de 21 de octubre de 2013 el cual a su vez desató el grado de consulta.

5) El proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República le generó perjuicios inmateriales que deben ser resarcidos como consecuencia de la revocatoria de los actos administrativos demandados ya que no solo se afectó su psiquis y salud sino su buen nombre y reputación en el sistema financiero.

### III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora consideró que con los actos administrativos demandados se vulneraron el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 2, 3 y 5 de la Ley 610 de 2000.

En explicación de ese quebranto normativo se propusieron con la demanda tres motivos de censura en los siguientes términos:

#### 1. Primer cargo: violación de los artículos 3 y 5 de la Ley 610 de 2000 por falsa motivación

Este motivo de reproche lo fundó en lo siguiente:

1) La tipología de negocio y modelo contractual fiduciario objeto de cuestionamiento por parte de la contraloría corresponde a un contrato de fiducia mercantil con objeto y causa lícitos adoptado por Fiduagraria como un producto comercial desde el mes de marzo de 2006, en cuya adopción y estructuración no participaba, ni intervenía, si quiera de manera indirecta como vicepresidenta de negocios.

2) La función de la vicepresidencia de negocios de Fiduagraria que lideraba estaba orientada al desarrollo de los negocios entregados al área, esto es, a su ejecución y operación, aspecto que se efectuaba con base en un marco legal, conceptual y contractual previamente definido por las partes intervinientes e interesadas, las normas que regulaban para la época de los hechos el negocio fiduciario y los procesos, manuales e instructivos que para la administración y operación de los negocios fiduciarios se habían diseñado e implementado por Fiduagraria dentro de su sistema de gestión de calidad.

3) El fallo de responsabilidad fiscal se basa en afirmaciones sin argumentaciones fácticas, jurídicas y probatorias que demuestren la adecuación de la tipicidad administrativa, por ejemplo se la responsabiliza fiscalmente por actuaciones y decisiones adoptadas por funcionarios públicos del departamento de Meta (sic) en la colocación de excedentes de tesorería quienes tenían las atribuciones legales para realizar esas colocaciones y con la titularidad jurídica sobre esos recursos, operaciones en las que no participó, desconoció el momento de su realización y no asesoró para que se llevaran a cabo lo cual constituye un traslado indebido de funciones y deberes por parte de la Contraloría.

4) El contrato de fiducia mercantil suscrito entre Fiduagraria y D&PE SA se celebró el 26 de mayo de 2006.

Pese a lo anterior se la declaró responsable fiscal por una oferta de cesión de beneficio que celebró D&PE y el municipio de Villavicencio en mayo de 2005 cuyos recursos fueron transferidos el 24 de mayo de 2005 al patrimonio autónomo Cerrol Fidusuperior, esto es 1 año antes de la celebración el 26 de mayo de 2006 del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago entre Fiduagraria y D&PE SA y 13 meses antes de la entrega el 28 de junio de 2006 de ese contrato fiduciario a la vicepresidencia de negocios fiduciarios para el desarrollo de su operación, aspecto sobre el cual se dio explicación y claridad tanto en un documento aportado al proceso de responsabilidad fiscal como complemento de la versión libre, como a lo largo del documento que la defensa radicó como respuesta al auto de imputación de cargos.

5) La operación que da origen al detrimento patrimonial del municipio de Villavicencio objeto del fallo de responsabilidad fiscal no. 074 de 31 de diciembre de 2013 se originó en mayo de 2005 al suscribir ese municipio una oferta de cesión de derechos de beneficio con D&PE SA y adquirir unos derechos de beneficio que poseía ese particular en el patrimonio autónomo Cerrol Fidusuperior constituido por D&PE SA en Fidusuperior desde el año 2004.

6) La Procuraduría General de la Nación profirió auto de archivo dentro del proceso disciplinario no. 792-228632 adelantado en su contra por los mismos hechos que dieron origen al proceso de responsabilidad fiscal en consideración a que la investigada *“(...) la posición de la Sala sobre la ausencia de obligatoriedad de vigilar el cumplimiento encuentra aval en la respuesta dada a esta Delegada por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia y que reposa a folio 307 y siguientes del expediente disciplinario donde anuncia que para el año 2006 no se había impartido ninguna instrucción acerca del cumplimiento por parte de las entidades financieras de la vigilancia de la Ley 819.”* (fl. 41 cdno. ppal.).

7) El fallo con responsabilidad fiscal parte de una falsa motivación dado que su fundamentación se basa en cuestionamientos sobre el ingreso de supuestos recursos públicos al patrimonio autónomo Consorcio Carbonero, sin embargo D&PE y el municipio de Villavicencio celebraron una oferta de cesión de derechos de beneficio en mayo de 2005 para adquirir derechos de beneficio (económicos) que D&PE tenía en el patrimonio autónomo Cerrol Fudisuperior por lo que el municipio transfirió el 24 de mayo de 2005 el pago del precio de esos derechos a ese patrimonio autónomo, de ninguna manera al patrimonio autónomo Consorcio Carbonero ya que para ese momento histórico este no se había constituido porque todavía no se había constituido el contrato de fiducia mercantil entre Fiduagraria y D&PE SA, siendo palmario que los recursos de manera alguna fueron depositados en este último patrimonio autónomo.

De lo citado da cuenta la propia contraloría en el auto de imputación de cargos en donde se estableció que: *“razón por la cual el valor de \$1.000.000.000 no aparece como un ingreso en la contabilidad de Fiduagraria puestos que estos fueron recibidos en la fiduciaria Fidusuperior en mayo de 2005”* (fl. 15 cdno. ppal.).

8) Fidusuperior y D&PE por mutuo acuerdo decidieron terminar anticipadamente el contrato de fiducia mercantil suscrito el 15 de abril de 2004 para lo cual formalizaron acta de terminación y liquidación en septiembre de 2006, circunstancia que conlleva a que todos los inversionistas beneficiarios que habían suscrito ofertas de cesión para la adquisición de derechos de beneficios que tenía el fideicomitente en el patrimonio Cerrol Fidusuperior quedaran sin la fuente secundaria de pago

estructurada dentro de ese patrimonio autónomo, entre ellos el municipio de Villavicencio quien había suscrito con D&PE 4 ofertas de cesión por la suma de \$5.233.411.042 incluida la oferta de cesión que fue objeto de declaratoria de responsabilidad fiscal y quien quedó solamente con la fuente primaria de pago, esto es, la de D&PE como único responsable de su pago.

9) Lo anterior no solo demuestra la no existencia de conexidad contractual entre los contratos de ofertas de cesión de beneficio y el contrato de fiducia mercantil, en el entendido de que cada uno puede subsistir sin el otro sino que, adicionalmente, confirma que estas operaciones únicamente vinculaban a las partes contratantes y que el único obligado al pago de las ofertas es el oferente de la misma que para este caso es D&PE SA.

10) Por el principio de relatividad contractual solo los contratantes están ligados por el contrato, solo respecto de ellos el contrato tiene fuerza obligatoria y solo a ellos perjudican y aprovechan sus efectos, no afectando por consiguiente a terceras personas ajenas a la relación contractual y que no han concurrido con su voluntad a su otorgamiento.

11) Otra situación que configura la falsa motivación de todas las decisiones proferidas en el proceso de responsabilidad fiscal hace referencia a que la contraloría no tuvo en cuenta el marco funcional del cargo de vicepresidente de negocios fiduciarios, toda vez que en el fallo de responsabilidad fiscal se le impone responsabilidades por funciones y obligaciones que nunca le correspondieron.

12) De igual manera ocurre con la falsa asignación de la función de “*control de los negocios fiduciarios*” la cual de manera directa le correspondía a quienes desempeñaban los cargos de gerente de gestión fiduciaria y al ejecutivo de cuenta a quienes en virtud de lo señalado en el “*manual de procedimientos – sistema de gestión de calidad, proceso: inicio del negocio; procedimiento: recibo del negocio y estructuración operativa para su inicio – numeral 2*” la vicepresidencia tenía la obligación de definir la gerencia que estaría a cargo de su operación y control y no por mera discrecionalidad de la demandante; por su parte en el instructivo de gestión para los negocios fiduciarios se le establecían los lineamientos que debían atender las gerencias en el desarrollo y operación de los negocios fiduciarios.

13) Una de las funciones principales del cargo de vicepresidente de negocios que desempeñaba, en relación con los negocios fiduciarios, era la de “*Coordinar, gestionar y controlar la ejecución de las acciones necesarias para la implementación y desarrollo de los negocios que se le encomiendan al área*”, función que le imponía la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para implementar y desarrollar los negocios fiduciarios entregados al área.

14) La otra función relacionada con la administración de los negocios fiduciarios a cargo de la vicepresidencia de negocios fiduciarios era la de controlar, evaluar y hacer seguimiento a las acciones ejecutadas por el grupo de negocios (directores y ejecutivos), es decir, controlar la gestión del grupo (recurso humano), esto es, de quienes desarrollaban la operación y control de los negocios asignados, la que fue mal encaminada por parte del Contralor Intersectorial no. 2 al erróneamente equipararla con el “*control de los negocios fiduciarios*” ejercidos por los gerentes y ejecutivos de cuentas.

15) La vicepresidencia de negocios fiduciarios tenía asignado 700 negocios fiduciarios lo que hace materialmente imposible a una sola persona (vicepresidente) responder por su desarrollo y operación motivo por el cual a la vicepresidencia se le había aprobado una estructura de cincuenta personas distribuidas en tres gerencias (tercer nivel de la compañía) que, eran las encargadas de controlar la operación de negocios a través de ejecutivos de cuenta conforme lo definía el manual de perfiles y funciones de esos cargos en el literal b) titulado *“misión: coordinar supervisar y controlar el desarrollo de los negocios asignados a la gerencia a través de los ejecutivos de cuentas a cargo”* y como una de las funciones principales *“supervisar controlar el desarrollo y cumplimiento de los procesos del sistema de gestión de calidad relacionados con la administración de los negocios entregados a su área.”* (fls. 16 y 17 cdno. no. 1).

16) La entidad demandada para analizar el marco funcional de la vicepresidencia que dirigía no tuvo en cuenta, con el valor probatorio que le correspondía, todos y cada uno de los procesos, procedimientos, manuales e instructivos vigentes para la época de los hechos implementados en Fiduagraria bajo su Sistema de Gestión de Calidad para la ejecución y administración y desarrollo de los negocios fiduciarios, donde claramente se establece para cada actividad que se ejecutaba el responsable de realizarlos quienes, a su vez, tenían registros y puntos de control de riesgo que estas personas debían observar, información que fue suministrada a la entidad desde la diligencia de versión libre, no obstante esa información jamás fue tomada en cuenta por parte del ente de control.

17) La Contraria argumentó en la imputación que la demandante omitió efectuar el control sobre el ingreso de recursos provenientes de las ofertas de cesión de derechos de beneficios suscritas autónomamente por el fideicomitente con entidades públicas.

El contrato de fiducia mercantil suscrito entre Fiduagraria y el Consorcio Proyectar no establecía prohibición alguna sobre la naturaleza del inversionista beneficiario, es decir que en el marco contractual definido para esta tipología de contratos no se hizo distinción alguna acerca de la naturaleza de los inversionistas beneficiarios los cuales podían ser particulares o públicos, ello en razón de que dependía de la gestión de los fideicomitentes en la consecución de los recursos por fuera del contrato de fiducia, lo cual no significa que con el contrato se estuvieran violando normas en virtud a que cada inversionista era el responsable de analizar la conveniencia y evaluación de ese tipo de operaciones.

El marco contractual establecía la facultad de oponerse al ingreso de los recursos cuando en virtud de la verificación del proceso SIPLA se determinara que los recursos provenían de personas naturales o jurídicas con antecedentes de lavado de activos o financiación del terrorismo, situación que no aplicaba para las ofertas de cesión de beneficio que suscribió el consorcio Proyectar con el departamento de Meta (sic) en virtud de lo dispuesto en el numeral 2.3.1.1.4 de la Circular Externa 040 (sic) de 2004 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia. Por tanto no es cierto que la vicepresidencia tuviera la facultad de oponerse al ingreso de dichos dineros en circunstancias distintas a la excepción indicada y, por consiguiente, cualquier decisión en contrario atentaría contra las obligaciones contractuales del contrato de fiducia mercantil.

18) Cuando los negocios fiduciarios se le entregaban a la vicepresidencia de negocios para su operación venían debidamente revisados respecto de su

procedencia, legalidad y ejecución viable por parte de las áreas responsables, listos para el arranque operativo, toda vez que en virtud del marco funcional la vicepresidencia de negocios tenía la obligación de implementar y desarrollar los negocios entregados a esta.

19) La Contraloría cuestiona el modelo contractual fiduciario implementado por Fiduagraria SA cuyos fideicomitentes fueron particulares pese a que el detrimento patrimonial objeto del fallo de responsabilidad fiscal 072 de 2013 ocurre en el Departamento de Meta (sic) sin la existencia de ningún vínculo jurídico entre Fiduagraria SA y ese departamento (sic), contrariando lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-840 de 2011 que establece como requisito *sine qua non* para la procedencia de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal la existencia de un vínculo jurídico entre los recursos y la persona que se le endilga responsabilidad fiscal; sin perjuicio de lo anterior aquella procedió a declarar responsable fiscal a la demandante en la calidad de expresidente de negocios fiduciarios de Fiduagraria por una presunta deficiente gestión en relación con el control y seguimiento de los recursos aportados por el fideicomitente en el desarrollo y ejecución de los contratos de fiducia mercantil suscritos con particulares, lo que con base en el ordenamiento jurídico vigente tienen juez natural que no es la Contraloría y quien hasta el momento no ha declarado ningún incumplimiento contractual.

20) Para la declaratoria de responsabilidad fiscal la Contraloría no analizó ni tuvo en cuenta todos los hechos y antecedentes acaecidos en Fiduagraria SA en relación con la adopción, el desarrollo y ejecución de esta modalidad de contratos, dejando de lado hechos, decisiones trascendentales y directrices trazadas desde la génesis y en desarrollo de los mismos incluídas las directrices corporativas que en relación a ellos tomaron los estamentos de dirección y administración de Fiduagraria (junta y presidente) las cuales eran aplicables para todo el conjunto de contratos.

21) Igualmente la declaratoria de responsabilidad fiscal se fundamenta en otras premisas falsas al establecer *“que en este caso fue el municipio de Villavicencio, se materializó con el giro a órdenes del patrimonio autónomo Carbonero, de la suma de mil millones de pesos (\$1.000.000.000), el que una vez hecho, el oferente dio noticia a la Fiduciaria a efectos de la expedición del certificado de derechos de beneficios”* (fl. 18 cdno. no. 1).

Los recursos nunca ingresaron al patrimonio autónomo Carbonero.

Tampoco es cierto que Fiduciaria emitiera un *“certificado de derechos de beneficio”*; si se revisa la obligación contenida en el numeral 4) de la cláusula octava del contrato de fiducia mercantil a lo que se obligó contractualmente Fiduagraria fue a la emisión de un *“certificado donde conste el monto de los activos entregados al patrimonio autónomo”*, por obvias razones era por el Fideicomitente dado que el municipio no era parte del negocio fiduciario, la cual se emite únicamente en cumplimiento de una obligación establecida en el contrato de fiducia por lo que no era posible negarse a expedirla dada la función de la vicepresidencia de negocios quien no era la responsable ni participaba a ningún título en la estructuración del negocio fiduciario.

22) No es cierto el señalamiento de la Contraloría cuando manifiesta que en este asunto se trasladaron recursos del sector público al sector privado con violación de la Ley 819 de 2003 con la participación de Fiduagraria.

23) Jurídicamente la transferencia de los recursos al sector privado se efectúa en el momento que el ente territorial acepta y perfecciona la oferta cesión, de ninguna manera después, ese es el error de concepción por parte de la Contraloría, aspecto que genera falsa motivación en el fallo 074 de 2013; en otras palabras, la violación de la Ley 819 de 2003 se produce cuando el ente territorial acepta y perfecciona el contrato de oferta de cesión, momento en el cual no hay ninguna participación ni intervención de Fidagraria quien no conoce el momento en que se lleva a cabo esta operación, la cual a su vez estaba encubierta con apariencia de legalidad por cuanto era efectuada de manera oficial por el municipio de Villavicencio a través de su tesorero.

Por tanto la Contraloría sustenta el fallo de responsabilidad fiscal en un indebido e infundado traslado de obligaciones y responsabilidades funcionales de funcionarios públicos del municipio de Villavicencio en cabeza de los funcionarios de Fidagraria SA, responsabilizándolos por la debida diligencia y cuidado que ellos debieron observar al momento de suscribir y perfeccionar el contrato de oferta de cesión de beneficio, desconociendo el ordenamiento jurídico vigente para la época de los hechos así como el alcance y responsabilidad de la fiduciaria en el contrato fiduciario y las normas que regulaban el negocio mercantil.

24) Por su parte, los recursos son aportados al patrimonio autónomo por la persona del fideicomitente a título de fiducia mercantil no del ente territorial, aspecto que es claro en el contrato de fiducia y que el inversionista beneficiario declara conocer y aceptar en la oferta de cesión de beneficio.

25) La Contraloría manifiesta que el contrato de operación celebrado por el fideicomitente con Carminales y Prodeco SA nunca generó flujo de caja y que los únicos recursos que ingresaron fueron los aportados por el municipio de Villavicencio.

La citada información es falsa dado que a 5 de noviembre de 2007 habían ingresado recursos al patrimonio autónomo consorcio Carbonero por la suma de \$11.866.000.000 provenientes de los contratos de operación de suministro de carbón.

Tampoco es cierta la afirmación de que el municipio de Villavicencio aportó al patrimonio autónomo consorcio Carbonero dado que ese ente territorial se inscribió como beneficiario del fideicomitente pero las ofertas de cesión de beneficio que suscribió con D&PE en vigencia del patrimonio autónomo consorcio Carbonero fueron inversiones de las ofertas que celebró D&PE para la adquisición de derechos de beneficio que este poseía en el patrimonio autónomo Cerrol Fidusuperior.

Así fue reconocido por la Procuraduría General de la Nación quien profirió auto de archivo dentro del proceso disciplinario no. 792-228632 adelantado en contra de la doctora Lucero Jiménez en donde en lo referente con la violación de la Ley 816 dispuso, entre otros aspectos, lo siguiente: *“luego, la conducta de la doctora Lucero Jiménez Jiménez en manera alguna fue pasiva, caprichosa o alejada de las indicaciones que institucionalmente le dieron en su oportunidad (...) Luego si la presidente la Fiduciaria que era la responsable de coordinar las áreas que resultaron comprometidas (vicepresidencia de negocios fiduciarios, vicepresidente jurídico, vicepresidente comercial) a cuenta de la participación de los recursos provenientes de excedentes de regalías de una entidad territorial no le fue asignada*

*responsabilidad por la falta de coordinación de las mismas, menos aún podríamos endilgar responsabilidad a una persona que puso en evidencia la dificultad, solicitó orientación y se le indicó institucionalmente que debía continuar con las certificaciones y que no requería acción adicional, para cerrar con la estocada que a su área no le correspondía efectuar aprobar la estructuración de los contratos como lo indica la última de las comunicaciones citada.” (fl. 20 cdno. no. 1).*

27) Atendiendo el organigrama funcional es claro que no participó en la adopción ni estructuración del negocio ni fue responsable del entorno de las decisiones adoptadas por la junta directiva y la presidente de la fiduciaria, máximos órganos estos de administración y dirección de Fiduararia de conformidad con los estatutos, por lo que si los presidentes no tienen responsabilidad menos la actora quien conforme al marco funcional establecido para su cargo de vicepresidente de negocios se limitó a la implementación de todas actividades necesarias para su desarrollo con base en el marco contractual y las directrices que sobre el particular impartieron las áreas estructuradoras del negocio tanto en la parte comercial como legal, la presidencia y la junta directiva como está demostrado en memorandos, actas de junta, correos electrónicos y otros documentos aportados en el proceso de responsabilidad fiscal.

28) El fallo de responsabilidad fiscal tampoco tuvo en cuenta la estructura funcional y operativa de Fiduararia SA ni de la vicepresidencia de negocios ya que se le impone a la actora funciones y responsabilidades que no se encuentran dentro del marco funcional del cargo de vicepresidente de negocios ni de las responsabilidades que se a su cargo tenía dentro de los procesos implementados en sistema de gestión de calidad adoptado por Fiduararia SA para el manejo y administración de los negocios fiduciarios para la época de los hechos, dado que las funciones del cargo de vicepresidente de negocios como lo expuso la Contraloría eran las siguientes:

*“- Coordinar, gestionar y controlar la ejecución de las acciones necesarias para la implementación y desarrollo de los negocios que se le encomiendan al área.*

*- Controlar, evaluar y hacer seguimiento a las acciones ejecutadas por el grupo de negocios (directores y ejecutivos).*

*- Dirigir y coordinar el desarrollo de estrategias definidas en los planes, políticas y directrices de la fiduciaria.*

*- Planear nuevas alternativas de negocios a los clientes existentes ” (fl. 21 cdno. ppal.).*

Igualmente se le informó a la Contraloría que la labor encomendada a la vicepresidencia de negocios fiduciarios de implementación y desarrollo de contratos fiduciarios entregados al área se efectuaba a través de procesos, procedimientos e instructivos definidos por el sistema de gestión de calidad de Fiduararia los cuales deben integrarse y tenerse en cuenta dentro de esa función, y que establecen para cada actividad a desarrollar el responsable de su ejecución, los registros que debía dejar, los puntos de control que debía atender, destacándose entre ellos los siguientes:

a) Procedimiento de recibo del negocio y estructuración operativa para su inicio, b) procedimiento de informes periódicos y rendiciones de cuenta, c) procedimiento de transferencia de bienes a la fiduciaria, d) procedimiento de recibo y administración de bienes muebles, e) procedimiento de recibo y administración de bienes inmuebles, f) procedimiento de recibo y administración de títulos, g) procedimiento de emisión de certificados de garantía, h) procedimiento de facturación de comisiones y registro de cuentas contingentes, i) procedimiento de recaudo de cartera vencida de cuentas por cobrar, j) procedimiento de liquidación de negocios fiduciarios, k) procedimiento de pagos general, l) procedimiento de pagos general, ll) procedimiento de ingresos, m) procedimiento de apertura y actualización de cuentas bancarias, n) instructivo para la gestión de negocios fiduciarios y, ñ) procedimiento de conciliación bancaria.

29) Como vicepresidente de negocios no tenía dentro de sus funciones la operación de los negocios fiduciarios, para tal efecto Fiduagraria contaba con cincuenta funcionarios distribuidos en tres gerencias y una dirección encargados de adelantar la operación.

30) La primera función como vicepresidente de negocios relacionada con la gestión de negocios fiduciarios era *“coordinar gestionar y controlar la ejecución de las acciones necesarias para la implementación y desarrollo de los negocios que se le encomendaban al área”*, lo que le imponía la obligación de orientar todo su esfuerzo en la ejecución y realización de las acciones necesarias para poner en operación y desarrollar los negocios fiduciarios entregados al área, lo cual se efectuaba con base en el marco contractual que previamente la fiduciaria había definido y perfeccionado sin la intervención de la vicepresidencia de negocios.

31) La segunda función definida para el cargo de negocios fiduciarios era la de *“controlar, evaluar y hacer seguimiento a las acciones ejecutadas por el grupo de negocios,”* lo que significa control, evaluación y seguimiento al recurso humano de la vicepresidencia de negocios en la gestión de negocios fiduciarios, función que no es sinónima de *“control de negocios fiduciarios”*, por tanto el control evaluación y seguimiento al talento humano no significa responder por las obligaciones a cargo de los funcionarios de la vicepresidencia de negocios.

32) Solo a finales del año 2007 se instruyó por parte de la presidencia para gestionar con los fideicomitentes de esta tipología contractual la suscripción de otrosí a los contratos para que no aportaran a estos negocios los recursos provenientes de ofertas de cesión de beneficio que celebraran con entidades públicas, algunos de los cuales fueron suscritos por la demandante previo a su salida de Fiduagraria.

33) Lo expuesto evidencia que hubo falsa motivación en los actos acusados

34) La parte demandante transcribe aparte de la sentencia C-840 de 2001 de la Corte Constitucional para advertir que de su parte no existió responsabilidad fiscal puesto que los fondos de excedentes de liquidez nunca estuvieron bajo su titularidad administrativa o dispositiva, por cuanto quienes tenían esa titularidad o disposición eran los funcionarios del departamento (sic) que directa o indirectamente tenían bajo su tutela la administración de excedentes de tesorería.

35) Siempre confió y trabajó bajo el principio de la buena fe y de la confianza, en el entendido de que todos los funcionarios que participaban desde el inicio del negocio fiduciario hasta la ejecución de este cumplían con los requisitos de idoneidad,

especialidad y al igual que de sus funciones y obligaciones contractuales, es decir, que todos estos funcionarios habían realizado de manera juiciosa todos los estudios de viabilidad, procedencia, y riesgos tal como lo exigía el manual de funciones y procedimientos, por lo que al entregarse estos negocios a la vicepresidencia de negocios el paso siguiente era el operativo conforme a la misión del área.

36) Todas las motivaciones utilizadas para forzar el juicio de adecuación típica respecto de los presupuestos de la responsabilidad fiscal no corresponden a la realidad, configurando el fenómeno de la falsa motivación del acto administrativo, toda vez que los motivos que dan fundamento a la decisión son inexistentes, atípicos y ajenos a la realidad.

**2. Segundo cargo: violación del artículo 29 de la Constitución y del artículo 2 de la Ley 610 de 2000 por ausencia de valoración probatoria y ausencia de tipicidad.**

El cargo se fundamentó en los siguientes términos:

1) Se establecieron cargos e imputaciones nuevos como quiera que en el pliego de cargos no se señaló ni indicó acerca de la conexidad contractual que la Contraloría en el fallo de responsabilidad fiscal no. 072 argumenta existe entre la oferta de cesión de beneficio y el contrato de fiducia mercantil.

La citada argumentación no fue expuesta en el auto de imputación de cargos razón por la cual no pudo ser debatida ni controvertida, vulnerándose el debido proceso y el derecho de defensa.

Asimismo en el auto de imputación de cargos únicamente se hizo referencia a la función del cargo de vicepresidente de negocios consistente en *“coordinar, controlar y ejecutar la ejecución de las acciones necesarias para la implementación y desarrollo de los negocios que se le encomienden al área”*, en tanto que en el fallo de responsabilidad fiscal no. 074 se argumenta sobre nuevas e inexistentes funciones del cargo de vicepresidente de negocios de Fiduciaria para la época de los hechos.

2) Los argumentos expuestos al rebatir los cuestionamientos expuestos por la Contraloría en el auto de imputación de cargos no dejan duda de que no se le puede imputar una conducta gravemente culposa por los hechos objeto de cuestionamiento, no solamente por la diligente gestión adelantada en el desarrollo de sus funciones sino en virtud de que el fallo de responsabilidad fiscal no 074 determina la responsabilidad por cuenta de funciones ajenas al cargo de vicepresidente de negocios fiduciarios como el control y seguimiento de los negocios fiduciarios, función que estaba en cabeza de otros cargos de la vicepresidencia de negocios, quienes no se encuentran vinculados al proceso de responsabilidad fiscal, lo que constituye una vulneración del principio de igualdad e imparcialidad.

3) No se tuvo en cuenta por parte de la entidad demandada la decisión que sobre esta tipología de negocio adoptó la junta directiva mediante acta no. 163 de 30 de noviembre de 2006 previa presentación que de este esquema fiduciario efectuó la señora presidente de la época a raíz de los problemas que se presentaron con el

contrato de Green Mountain Consulting SA, acta que no aparece relacionada dentro del material recaudado pese a que fue aportada en la audiencia de versión libre, situación que deja a la vicepresidencia de negocios fiduciarios como simple ejecutor de una directriz institucional adoptada en esta tipología de negocios por los máximos órganos de dirección y administración de Fiduagraria, su presidente y la junta directiva.

4) En relación con la dirección y administración de Fiduagraria SA el artículo 13 de los estatutos determina que son ejercidas por la asamblea general de accionistas, la junta directiva y el presidente.

Por su parte dentro de las funciones asignadas a la junta directiva se encuentra la de *“impartir al presidente las instrucciones, orientaciones y órdenes que juzgue convenientes”*.

Frente al presidente de Fiduagraria SA el artículo 26 dispone que *“todos los empleados de Fiduagraria SA con excepción del revisor fiscal dependen del presidente.”* (fl. 28 cdno. no.1).

Dentro de las funciones del presidente se encuentra de la *“fijar las funciones, dirigir, coordinar, vigilar y controlar el personal de Fiduagraria SA y la ejecución de las actividades programadas de la sociedad.”* (fl. 28 cdno. no. 1

5) La Contraloría no llamó a declarar a los miembros de la Junta Directiva de Fiduagraria que participaron de la cesión del 30 de noviembre de 2006 y que consta en el Acta 163, lo que constituye una violación a los principios fundamentales de igualdad e imparcialidad y una flagrante violación y detrimento de los intereses de la demandante.

6) El negocio fiduciario no se limitaba a las vicepresidencias comercial y jurídica como erradamente lo sostiene el Contralor sino que esa posición era de carácter institucional, aceptada, compartida y avalada por el presidente y la junta directiva de Fiduagraria como se depende los correos electrónicos visibles en los folios 28 a 32 cdno. no. 1, posición que ha coincidido con los fallos emitidos en segunda instancia por la Procuraduría en los procesos adelantados por estos mismos hechos.

7) La única posibilidad de oponerse a los ingresos de los recursos provenientes de ofertas de cesión de beneficio en virtud del marco contractual y de la instrucción institucional adoptada por parte de la vicepresidencia de negocios era que el estudio del SIPLA del inversionista beneficiario arrojará resultados negativos.

Es importante manifestar que las circulares externas números 034 y 40 de 2004 emitidas por la Superintendencia Financiera definían lo siguiente en relación con las excepciones del proceso: *“numeral 2.3.1.1.4 excepciones a la obligación de diligenciar el formulario de vinculación de clientes y de realizar entrevistas. En el desarrollo de los procedimientos de conocimiento de clientes, las entidades vigiladas no están obligadas a obtener el formulario de vinculación ni a realizarle la entrevista al potencial cliente cuando quiera que se trata de alguno de las siguientes operaciones, productos o servicios: (...) a. Operaciones realizadas con entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal salvo las realizadas con empresas industriales y comerciales del Estado y/o sociedades de economía mixta que no estén vigilada por la SBC”* (fls. 32 y 33).

8) Se le vulneró el debido proceso debido a que no solo fue forzado el juicio de adecuación de los elementos de responsabilidad fiscal sino que fue desconocido el principio de tipicidad y se omitió pronunciarse respecto de los documentos que probaban que la conducta de la entonces investigada no contribuyó de manera alguna al daño patrimonial.

### **3. Tercer cargo: no se probaron los presupuestos de la responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría General de la República**

Este motivo de reproche lo estructuró en lo siguiente:

1) No es sujeto de responsabilidad fiscal ni directamente ni por conexidad próxima a la gestión fiscal ya que no realizó gestión fiscal sobre los fondos y recursos de excedentes de tesorería del Departamento del Meta (sic) y menos si se tiene en cuenta que no existió vínculo jurídico con esos bienes.

2) De conformidad con la sentencia C-840 de 2001 la conexidad próxima y necesaria a la gestión fiscal debe guardar relación con la noción específica de gestión fiscal, en este caso del departamento de Meta (sic), la cual está ligada a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados, por lo que la responsabilidad fiscal se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal y sean responsables del manejo de fondos del Estado.

3) En este caso concreto la Contraloría estableció la conexidad próxima a la gestión fiscal con base en afirmaciones sin ningún tipo de soporte fáctico, jurídico y probatorio, siendo claro que en la determinación de la conexidad próxima y necesaria a la gestión fiscal no se cumplió por parte del ente fiscal con lo exigido por la Corte Constitucional en la sentencia C-840 de 2001, en el sentido de precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que le asistió y contribución en virtud del marco funcional del cargo de vicepresidente de negocios de Fiduararia en torno a la gestión fiscal del departamento de Meta (sic), siendo claro que las afirmaciones efectuadas por la Contraloría para soportar esas aseveraciones son tácitas, implícitas y analógicas y rompen con el principio de tipicidad de la infracción que es de carácter administrativo.

Lo anterior se fundamenta en lo siguiente:

a) Entre Fiduararia y el municipio de Villavicencio nunca existió una relación contractual o jurídica que le transfiriera la titularidad jurídica de los fondos.

b) No existió una relación laboral o contractual entre la actora y el municipio de Villavicencio.

c) La colocación de los excedentes de tesorería efectuados por el municipio de Villavicencio se realizó el 25 de mayo de 2005 para la adquisición de derechos de beneficio que poseía en D&PE en un patrimonio autónomo constituido en Fidusuperior, siendo esta operación ajena y desconocida para Fiduararia.

d) El contrato de fiducia suscrito entre Fiduararia y D&PE en mayo de 2006 no determinaba ningún tipo de obligación para con los inversionistas beneficiarios,

menos en el sentido de ser garantes o verificadores del cumplimiento de las funciones y deberes de los empleados públicos del municipio de Villavicencio, lo cual es claro en la respuesta que la Superintendencia Financiera emitió a la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso disciplinario no. 792-228632 adelantado contra la actora por los mismos hechos, donde anunció que para el año 2006 no se había impartido ninguna instrucción acerca del cumplimiento por parte de las entidades financieras de la vigilancia de la Ley 819.

e) Dentro de sus deberes no se establecía obligación laboral, estatutaria o legal referente a verificar, revisar y garantizar que los funcionarios públicos del orden municipal, departamental o nacional realizaran en debida forma sus funciones y dieran cumplimiento al marco legal.

Su área en cabeza de los funcionarios respectivos tenía la obligación de verificar, previo al ingreso de los recursos que se cumpliera con el proceso de prevención de lavado de activos conforme a lo establecido en las circulares 034 y 40 de 2004 expedidas por la Superintendencia Financiera.

f) De conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-840 de 2001 *“la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. (...) pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de estos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.”* (fl. 39 cdno. no. 1)

En el caso en estudio no existe responsabilidad fiscal puesto que era necesario la existencia de un vínculo jurídico entre las funciones que realizaba como vicepresidente de negocios de Fiduagraria y los bienes o fondos del municipio de Villavicencio, es decir que la gestión fiscal necesariamente debía estar ligada a la titularidad jurídica y de disposición de estos fondos por lo que la Contraloría en primera instancia no podía, como erróneamente lo hizo bajo suposiciones y de asignación de deberes en el marco funcional del cargo de vicepresidente de negocios, determinarle gestión fiscal sobre esos recursos, más aun cuando estos fondos de excedentes de liquidez nunca estuvieron bajo su titularidad administrativa o dispositiva ya que quienes ostentaban esa facultad eran los funcionarios del municipio quienes directa o indirectamente tenían bajo su tutela la administración de esos fondos.

g) Ninguna de las afirmaciones sobre las cuales la Contraloría fundamenta la supuesta conexidad próxima y necesaria precisa con rigurosidad el grado de competencia o capacidad de la parte actora en torno al gestión fiscal del municipio de Villavicencio dada su condición de vicepresidente de negocios de Fiduagraria, lo cual rompe con el principio de tipicidad, sin olvidar que la operación objeto de declaratoria de responsabilidad fiscal se llevó a cabo un año antes de haberse suscrito el contrato de fiducia entre D&PE y Fiduagraria SA, recursos que en su momento ingresaron al patrimonio autónomo Cerrol Fidusuperior.

La Contraloría estableció una supuesta conexidad próxima y necesaria a la gestión fiscal del municipio de Villavicencio en virtud de un presunto incumplimiento de unas funciones inexistentes en el manual de funciones del vicepresidente de negocios para la época de los hechos porque es diferente controlar, evaluar y hacer seguimiento a las acciones ejecutadas por el recurso humano de la vicepresidencia en relación con el desarrollo de los negocios fiduciarios, a la función de controlar, evaluar y hacer seguimiento de los negocios fiduciarios que manifiesta la Contraloría era su responsabilidad directa, pero que funcionalmente estaba en cabeza de otros funcionarios de la vicepresidencia de negocios quienes no fueron vinculados al proceso de responsabilidad fiscal en clara violación del principio de igualdad e imparcialidad.

En las funciones del cargo de vicepresidente de negocios ni en el marco contractual de la tipología de contratos fiduciarios que Fiduagraria suscribe con particulares objeto de cuestionamiento por parte de la Contraloría, ni en los estatutos de Fiduagraria ni en ninguna otra norma vigente para la época de los hechos se le establecía la función de verificador o garante sobre las actuaciones o decisiones de funcionarios públicos de otras entidades estatales ni menos de verificar la legalidad de operaciones llevadas a cabo por ellos, tampoco existió vínculo jurídico entre Fiduagraria y el municipio de Villavicencio que le transfiriera la titularidad jurídica o dispositiva sobre fondos o recursos de ese ente territorial.

El contrato de fiducia suscrito entre D&PE y Fiduagraria SA no tiene ningún tipo de relación jurídica que le otorgue facultades a Fiduagraria o a la parte actora de decisión o disposición de recursos y fondos del municipio de Villavicencio.

Por tanto la decisión de inversión de recursos efectuada por los responsables de la gestión fiscal y con la titularidad o capacidad jurídica de manejo de recursos o fondos del municipio de Villavicencio de ninguna manera puede atribuirse a la ejecución del contrato de fiducia el cual no comporta ningún tipo de obligación, recomendación, asesoría o injerencia hacia los funcionarios del municipio de Villavicencio para la colocación de excedentes de tesorería de ese ente territorial, pero, aún en el caso de que las hubiera tenido serían inocuas porque el municipio no era parte del contrato de fiducia, se recuerda igualmente que los recursos al patrimonio autónomo Consorcio Carbonero eran transferidos a título de fiducia mercantil por el Fideicomitente.

Pretender que los funcionarios de Fiduagraria en virtud de la ejecución de un negocio fiduciario suscrito con un particular respondan por la obligaciones funcionales de gestión fiscal a cargo del tesorero y demás funcionarios del municipio de Villavicencio comprometidos en la suscripción de la oferta de cesión de beneficio con pacto de readquisición con D&PE SA es un argumento infundado no contemplado en el marco funcional del cargo de vicepresidente de negocios de Fiduagraria, ni en el marco contractual fiduciario.

Como Fiduagraria al momento de suscribir el contrato fiduciario desconocía las personas naturales o jurídicas con las cuales el Consorcio Carbonero suscribiría ofertas de cesión de beneficio, se estableció en el parágrafo segundo de la cláusula segunda del contrato de fiducia la obligación de incluir en el texto de las ofertas de cesión que celebrara las declaraciones y requisitos señalados en el numeral 3.3.8 (sic) con el fin de advertir a las personas que quisieran incursionar en las operaciones de ofertas de cesión de beneficio del fideicomitente en el patrimonio autónomo Consorcio carbonero, no solamente del alcance y responsabilidad de

Fiduagraria y del patrimonio autónomo sino dejar claramente definido con quién se hacía la operación y quién era el obligado y responsable del pago.

Esta no fue la única operación de este tipo que realizó el municipio de Villavicencio y que pese a no ser de su responsabilidad en virtud de la debida diligencia Fidagraria a través de la vicepresidencia de negocios solicitó para todas aquellas ofertas de cesión que habían sido aceptadas por entidades territoriales, que vinieran acompañadas de la facultad legal que le asistía al funcionario que suscribía esos documentos, situación que demuestra la proactividad y diligencia con la que actuaba desvirtuando el cargo imputado denominado falta de control de negocios.

La Contraloría aduce que ejerció control fiscal sobre recursos del municipio de Villavicencio por el hecho de que este en razón de los contratos de ofertas de cesión de beneficio celebradas con el Consorcio Carbonero consignó el pago de esas ofertas en la cuenta de ese patrimonio autónomo constituido por Fidagraria, sin embargo el ente de control no estableció las razones jurídicas que la llevan a desconocer la eficacia y efectos jurídicos una vez perfeccionados los contratos de ofertas de cesión de beneficio celebrados entre D&PE y el municipio de Villavicencio, para aseverar que pese a haberse dado una transferencia de la propiedad del dinero en virtud del pago del precio que hizo el municipio de Villavicencio al oferente de los derechos de beneficio, *“estos recursos mantenían la naturaleza de públicos,”* y temerario aún el seguir afirmando que *“los mismos pese a ingresar como transferencia a título de fiducia mercantil a un patrimonio autónomo de un particular conservan la condición de dineros públicos per se”* lo que es contrario a la naturaleza del patrimonio autónomo constituido por este particular y lo que es peor, sustentar en esa falsa premisa la declaratoria de responsabilidad fiscal cuando es claro que esos recursos tienen naturaleza privada al momento del ingreso al patrimonio autónomo.

La vicepresidencia de negocios fiduciarios no participó a ningún título en la adopción, estructuración comercial ni definición contractual de los negocios fiduciarios, siendo función del área efectuar las gestiones necesarias para la implementación y desarrollo de los contratos que le eran entregados en las condiciones que institucionalmente habían sido definidas.

Se plantearon dudas e inquietudes que tenía la vicepresidencia de negocios desde el mes de julio de 2006 las cuales fueron reiteradas con el memorando no. 140 de noviembre de 2006 en donde se solicitaron cambios al esquema contractual y concomitantemente se informó a la presidencia las inquietudes, autoridad esta última que sometió ese esquema contractual a la junta directiva en 5 oportunidades sin que hubiera cambio de directriz en el desarrollo de esta tipología contractual, lo anterior sin tener en cuenta los demás hechos que dan certeza sobre la complacencia y aval de la presidencia de Fidagraria en relación con esta tipología de negocios como fue la firma de los contratos, la firma de oferta de cesión de beneficios (DNE por \$25.000.000.000) la firma de certificaciones de ingresos de recursos y la participación en comités de carácter comercial.

Sobre la supuesta conexidad contractual existente entre las ofertas de cesión de beneficio suscritas entre D&PE y el municipio de Villavicencio y el contrato de fiducia mercantil suscrito entre Fidagraria SA y D&PE SA para lo cual la Contraloría Delegada se soporta en lo señalado por la Superintendencia Financiera en la Resolución no. 838 de abril de 2010, debe aclararse que la Superintendencia para llegar a esa conclusión parte de la existencia de la cesión contractual del

fideicomisario a los inversionistas beneficiarios, afirmando que con la operación de oferta de cesión operó en todo su rigor jurídico la cesión de la posición contractual dentro del contrato de fiducia del fideicomitente hacia el inversionista, adquiriendo este último la calidad de beneficiario del fideicomiso y con base en ello señalar que la fiducia tenía la obligación de realizar los actos necesarios para lograr la finalidad de los negocios fiduciarios, entre ellos verificar que los recursos aportados por los cesionarios podían destinarse a financiar el desarrollo del objeto social de los fideicomitentes, sin embargo se recuerda que dentro del contrato de fiducia se estableció que los inversionistas beneficiarios no eran inversionistas ni aportantes del fideicomiso y tampoco tenían la vocación de ser fideicomitentes cesionarios como erradamente lo asumió la Superintendencia Financiera; cabe resaltar también que el inversionista era acreedor del fideicomitente (Consortio Carbonero) no del fideicomiso, a quien este ofrecía una fuente secundaria de pago, de ahí que esas acreencias se registraran en el balance del fideicomiso en cuentas de orden.

La Contraloría sobre este particular tiene una posición contraria a lo dispuesto por la Superintendencia Financiera en relación con la cesión de derechos manifestando en el fallo no. 074 de 30 de enero de 2013 que *“al inversionista se le negó dentro del contrato de fiducia, la posibilidad de ser cesionario del fideicomitente”* concluyendo con ello que no hubo ningún tipo de cesión sino, una operación de crédito entre el municipio de Villavicencio al consorcio Carbonero, posición que en vez de usarla la Contraloría como argumento contra la convocante avala las razones de hecho y de derecho esgrimidas en el entendido de que hubo transferencia a título traslativo de dominio del dinero, es decir que los mismos adquirieron la calidad de privados una vez salieron de las arcas del municipio de Villavicencio, por fuera del contrato de fiducia.

Tampoco se tuvo en cuenta por parte de la Contraloría la decisión que sobre esa tipología de negocio adoptó la junta directiva mediante acta de 30 de noviembre de 2006 previa presentación que de este esquema fiduciario efectuó el presidente de la época a raíz de los problemas que se presentaron con el contrato Green Mountain Consulting SA, situación que deja a la vicepresidencia de negocios fiduciarios como simple ejecutor de una directriz institucional adoptada en esta tipología de negocio por los máximos órganos de dirección y administración de Fiduagraria.

#### **4. Cuarto cargo: violación del artículo 29 de la Constitución al declarar a la actora solidariamente responsable por el supuesto daño patrimonial**

Esta censura tuvo la siguiente argumentación:

1) En el fallo con responsabilidad fiscal no. 074 del 31 de enero de 2013, así como en el que se resuelve el recurso de apelación y se desata el grado de consulta, la Contraloría General de República estimó que era solidariamente responsable por el daño patrimonial invocando para el efecto el contenido del artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

2) Del contenido del artículo citado como fundamento de la declaratoria de responsabilidad fiscal solidaria no se deriva tal posibilidad.

3) Al declarar la referida solidaridad la Contraloría aplicó una norma que no existía al momento de la investigación, esto es, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 que, a diferencia del artículo 53 de la Ley 610 de 2000, de manera expresa sí establece

que el fallo con responsabilidad fiscal puede contener una declaratoria de solidaridad.

4) No obstante, en el asunto que nos ocupa el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal fue proferido el día 27 de marzo de 2009, por lo que resultaba imposible jurídicamente declarar a todos los investigados, incluida la actora, solidariamente responsables por el daño patrimonial, pues, la norma vigente aplicable e imperativa no señalaba esa posibilidad, por lo que aceptarla es permitir la aplicación retroactiva del artículo 119 a un proceso que debía seguir un caudal sustancial diferente.

5) Darle alcance a la solidaridad en el fallo con responsabilidad fiscal a un proceso iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 constituye una vulneración al debido proceso pues la actividad investigadora del Estado solo puede precisarse por leyes preexistentes al momento de la falta.

#### IV. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

##### 1. La admisión de la demanda

a) La demanda fue presentada ante la oficina de apoyo judicial para los juzgados administrativos de Bogotá y Cundinamarca el 7 de mayo de 2014, correspondiéndole por reparto al Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá (fls. 51 y 452 cdno. ppal. no. 2) autoridad judicial que por auto de 25 de julio de 2014 (fl. 462 *ibidem*) remitió la demanda por competencia a esta corporación.

b) La demanda fue inadmitida por este tribunal a través de auto de 25 de septiembre de 2014 con el propósito de que la parte actora *i)* acreditara la citación para audiencia de conciliación extrajudicial a la Agencia Nacional de Defensa Judicial, *ii)* indicara la dirección de notificaciones electrónicas de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y, *iii)* allegara original o copia integral y auténtica de los actos demandados (fls. 468 y 469 cdno. no. 2).

c) Una vez subsanada la demanda por auto de 29 de enero de 2015 se admitió y se ordenó la notificación como parte demandada a la Contraloría General de la República (fls. 593 y 594 cdno. ppal. no. 2).

d) Por auto de 26 de marzo de 2015 (fl. 596 *idem*) se requirió a la parte actora para que acreditara los gastos del proceso.

e) El auto admisorio de la demanda fue notificado el 4 de mayo de 2015 en forma personal mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales de la Contraloría General de la Nación, al Procurador Administrativo Delegado ante esta Corporación y a la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 599 a 611 *ibidem*).

f) A través de auto de 10 de septiembre de 2015 (fl. 641) se fijó como fecha y hora para la realización de la audiencia inicial el 9 de octubre de 2015.

g) El 9 de octubre de 2015 se llevó a cabo el desarrollo de la audiencia inicial (fls. 547 a 650) la cual tuvo como finalidad proveer sobre el saneamiento del proceso, fijar el litigio, consultar a las partes acerca de la posibilidad de un acuerdo

conciliatorio y, decretar la práctica de pruebas, diligencia que fue terminada bajo la modalidad de suspensión.

h) Por auto de 15 de septiembre de 2016 (fl. 651) se obedeció y cumplió lo resuelto por el Consejo de Estado en providencia de 8 de agosto de 2016 a través de la cual se confirmó el auto de 9 de octubre de 2015 expedido en la audiencia inicial mediante el cual se tuvo por no configurada la excepción previa denominada “*caducidad de la acción*” y ordenó continuar con el trámite correspondiente.

i) El 31 de octubre de 2016 se reanudó el desarrollo de la audiencia inicial (fls. 654 a 658).

j) Mediante auto 24 de noviembre de 2016 (fls. 676 a 677) se declaró el desistimiento de la prueba testimonial de la señora Liliana Ureta solicitada por la parte actora.

h) El 27 de enero de 2017 se llevó a cabo la segunda audiencia del proceso la cual tuvo como finalidad el recaudo de las pruebas (fls. 684 a 688) y se corrió traslado para alegar de conclusión.

## **2. Contestación de la demanda por parte de la Contraloría General de la República**

La citada entidad contestó la demanda (fls. 514 a 633 cdno. no. 2) oponiéndose a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

1) La Ley 610 de 2000 determina que el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas que conducen a obtener una declaración jurídica en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que han realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario por su conducta dolosa o gravemente culposa.

2) A la Contraloría General de la República le concierne evaluar si el manejo dado a los recursos públicos efectivamente contribuyó al cumplimiento de los objetivos trazados por la administración y si se hizo con salvaguarda de los principios orientadores de la gestión fiscal.

3) Desde el contrato fiduciario se orquestó todo el andamiaje contractual en donde se proyectó la fórmula para financiar al Consorcio Carbonero cuya principal línea de acción era la oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición que, como lo logra deducir la parte actora no representa cesión alguna de derechos dentro del contrato pues lo que significaban esas ofertas era un simple mecanismo de financiamiento, es decir, un simple mutuo que se quiso encubrir por quienes proyectaron y ejecutaron el contrato de fiducia estableciéndose de esa forma la conexidad entre el contrato de fiducia y la oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pactos de readquisición como lo dejó establecido la Contraloría.

3) Los deberes de conducta no solo los define el manual de funciones de Fiduciaria SA sino que, además, están determinados por el imperio de la ley de la cual no puede abstraerse de su cumplimiento ningún funcionario público.

La Contraloría en el fallo de responsabilidad fiscal fundamentó su juicio contra la parte actora partiendo de los siguientes lineamientos que tenía que atender la funcionaria:

a) Coordinar, gestionar y controlar la ejecución de las acciones necesarias para la implementación y desarrollo de los negocios que se le encomendaban al área.

b) Controlar, evaluar y hacer seguimiento a las acciones ejecutadas por el grupo de negocios (directores y ejecutivos), además era su deber atender lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1049 de 2006 el cual dispone que el contrato de fiducia no puede ser utilizado para la realización de operaciones que directamente no pueda ejecutar el fideicomitente.

4) Frente al fideicomiso consorcio Carbonero se observó que la parte actora en su labor de ejecución debía buscar siempre la realización del objeto fiduciario que en el presente caso era servir como fuente de pago efectivo para las acreencias a las que se comprometía el consorcio Carbonero (fideicomitente) con los inversionistas beneficiarios (municipio de Villavicencio), sin embargo la demandante no buscó la realización de los fines propuestos para el fideicomiso, por el contrario pese al control que tenía bajo su cargo sobre los negocios y de advertir los riesgos del contrato de fiducia, los consideró superados con base en conceptos de las vicepresidencias comercial y jurídica que no daban solución alguna a las irregularidades advertidas, lo que permitió que a través de la vicepresidencia de negocios fiduciarios circulara sin control alguno los dineros públicos del municipio de Villavicencio.

5) Sobre el punto de los giros de dinero la actora participó de dos formas: la primera, permitiendo el ingreso y recibo dentro del fideicomiso de dineros oficiales por una cesión de derechos de beneficio inexistente en la que el municipio de Villavicencio colocó recursos violando la Ley 819 de 2013 y, por otra parte, permitió que esas sumas de dinero con las que se debió constituir la fuente de pago de las obligaciones circularan hacia terceros sin control alguno, es decir, con las simple órdenes del fideicomitente (Consortio Carbonero).

6) La demandante cometió un entrelazado de omisiones y acciones que contrarían los deberes de conducta con la fuerza suficiente y la proximidad necesaria para haber hecho parte de la secuencia que a la postre generó el daño en el erario del municipio de Villavicencio, por el hecho de participar y permitir que el contrato de fiducia se utilizara para la realización de operaciones no permitidas directamente para el fideicomitente como lo era el financiamiento de sus operaciones a través de entidades públicas con dineros cuya destinación ya estaba asignada por la ley, destino que no podía ser modificado por acuerdos entre particulares razón por la cual el cargo de falsa motivación de los actos acusados no está llamado a prosperar.

7) El fallo donde se declaró responsable fiscal a la actora se basó en todos los elementos probatorios obrantes y en los descargos presentados por los implicados, circunstancia que además tuvo el control respectivo en sede de consulta.

Gracias al examen realizado a los elementos probatorios se pudo establecer la participación y ámbito de acción que tenía la vicepresidenta de negocios fiduciarios, asimismo frente a los descargos se hizo la correspondiente revisión, estudio y pronunciamiento dentro de la actuación bajo una exposición sintética, lo que no

significa que se hayan dejado de estudiar sino que su evaluación se hizo con fundamento en una visión integral de los principales puntos de defensa.

La relación entre el contrato de fiducia mercantil y la oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición no fue desconocida dentro del auto de imputación, situación distinta es que dado el grado de certeza que debe revestir el fallo de responsabilidad fiscal se analizaron con mayor precisión y detenimiento los elementos que configuran la responsabilidad fiscal de cada uno de los implicados, lo que suponía un mayor análisis de las relaciones contractuales a través de las que irregularmente se direccionaron recursos públicos.

Por lo anotado no es cierto que haya ausencia de valoración probatoria y de tipicidad.

8) La vinculación jurídica como responsable fiscal de la demandante no se le atribuyó de manera directa dentro de la gestión fiscal sino con ocasión de esta, la cual se concretó en la colocación de recursos públicos con destinación específica del municipio de Villavicencio a través de una oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición dentro de un fideicomiso que estaba llamado a ser fuente de pago en la readquisición de esas ofertas, negocios que buscaban en realidad ocultar una operación de mutuo o financiamiento del Consorcio Carbonero la cual le estaba prohibido realizar directamente pero que fungen como el vínculo jurídico que permitió a los funcionarios de Fiduagraria SA disponer de los recursos públicos de manera indebida perjudicando los intereses económicos estatales.

En dicho negocio la demandante participó permitiendo el ingreso y recibo dentro del fideicomiso de un particular de dineros oficiales a pesar de que conoció oportunamente el origen de los recursos vulnerándose la Ley 819 de 2003 y, por otra parte, se desatendió lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1049 de 2006 facilitando que esas sumas de dinero con las que se debió constituir las fuentes de pago de las obligaciones circularan hacia terceros sin control alguno, por lo que es claro que existió una participación determinante de la demandante en el torrente de actuaciones que concluyeron en la afectación patrimonial del municipio de Villavicencio.

Por lo expuesto no es cierto que no se hayan probado los presupuestos de la responsabilidad fiscal de la parte ahora demandante en este proceso.

9) En el presente caso la condena debía ser solidaria porque tanto la conducta de los demás coautores del daño así como la desplegada por la parte demandante, cada una por sí solas eran suficientes para causar la pérdida de los fondos del municipio de Villavicencio.

Si los funcionarios del municipio no hubieran ordenado la entrega del dinero este no se habría perdido y tampoco se habría perdido si la demandante hubiera detenido la ejecución del contrato y no hubiera puesto los fondos a disposición del consorcio Carbonero a sabiendas de que no tenía capacidad legal para recibirlos ni capacidad financiera para pagarlos y que el patrimonio autónomo no tenía un solo peso para responder por los dineros públicos.

Es principio general que varios causantes de un daño a título de culpa responden solidariamente de conformidad con lo consagrado en el artículo 2344 del Código Civil.

10) El proceso de responsabilidad fiscal iniciado por la Contraloría evidenció la existencia de irregularidades en las actuaciones de Fiduciaria plasmadas en el incumplimiento de sus deberes como fiduciaria.

En ese contexto debe advertirse que de conformidad con el párrafo del artículo 1 del Decreto 1049 de 2006 *“el negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.”* (fl. 624 cdno. no. 2).

Los riesgos existentes en el negocio fiduciario tenían que ser advertidos por las fiduciarias, especialmente por la vicepresidente de negocios fiduciarios.

Las fiduciarias tienen unos deberes especiales relacionados con las previsiones del artículo 1234 del Código de Comercio y de las contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, particularmente aquellos relativos al deber de información, deber de diligencia, profesionalismo y especialidad y deber de supervisión.

La actuación desplegada por la Fiduciaria a través de sus diferentes funcionarios que permitió que el encargo fiduciario sirviera como medio para recibir recursos públicos con los cuales se iban a financiar operaciones de un particular, vale decir, amparando una operación altamente riesgosa y el daño causado al patrimonio público incluye el nexo causal necesario para que se haya declarado responsable fiscalmente a la parte actora.

La conducta observada por la fiduciaria fue determinante del daño patrimonial en cuanto prestó su colaboración más allá de su capacidad legal para servir de receptor de los dineros públicos ayudando así a la destinación diferente de la que realmente se le iba a dar, esto es, como aporte del fideicomitente, cuando era evidente la naturaleza pública de los recursos, finalmente accedió a que el fideicomitente dispusiera libremente de los recursos entregados por las entidad territoriales sin ejercer control sobre su destino.

11) Se solicita el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales que le asisten a la Contraloría General de la República ya que de prosperar las pretensiones de la demanda se le vulnerarían los siguientes derechos:

a) Debido proceso por cuanto no se estructuró ninguna causa de nulidad, además de no haber sido probado por la parte actora ese concepto de la violación dado que resulta clara la declaratoria de responsabilidad fiscal de la demandante.

b) Vulneración del derecho a la propiedad por cuanto se le causaría un agravio injustificado a la entidad demandada al ser condenada a pagar una suma de dinero a la cual no está obligada y respecto de la que no le asiste derecho alguno a la parte actora, no existe motivo alguno para que la demandante solicite indemnización de perjuicios toda vez que estos no han sido causados.

Adicionalmente se estaría propiciando un enriquecimiento sin justo título en favor de la parte actora como quiera que no le asiste derecho en formular las pretensiones vertidas en el libelo principal ya que en la actuación de la Contraloría General de la

República se observaron todas las garantías sustanciales y procedimentales previas a la declaratoria administrativa de responsabilidad fiscal.

### **3. Primera audiencia del proceso**

El 9 de octubre de 2015 se llevó a cabo audiencia inicial (fls. 647 a 649 cdno. ppal. no. 2) en los términos dispuestos en el artículo 180 del CPACA en la cual se proveyó sobre el saneamiento del proceso, se fijó el litigio, se declaró fallida la etapa de conciliación por falta de ánimo conciliatorio y se decretaron pruebas.

En la citada audiencia se resolvió la excepción previa denominada “*caducidad de la acción*” la cual se declaró no probada, decisión que fue impugnada por la parte demandada y confirmada por el Consejo de Estado en segunda instancia (cdno. no. 3).

Asimismo en la citada audiencia se denegó, por una parte, la excepción denominada innominada dado que no se observó ningún vicio o irregularidad procesal y, por otra, se determinó que los medios exceptivos denominados “*inexistencia del derecho pretendido*” e “*improcedencia del medio de control por falta de causal de nulidad de los actos y por inexistencia de derecho a restablecer*” formulados por la entidad demandada no correspondían a excepciones previas sino a objeciones que buscaban desvirtuar el fondo del asunto por lo que su resolución se haría en el fallo que ponga fin al proceso.

### **4. Segunda audiencia del proceso**

El 27 de enero de 2017 se celebró audiencia de pruebas en los términos dispuestos en el artículo 181 del CPACA en la que se constató que se practicaron todas las pruebas y por consiguiente se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Practicadas en su totalidad las pruebas (fls. 684 a 685 cdno. no. 2) se corrió traslado a las partes para que por escrito presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días hábiles y, por el mismo lapso al Ministerio Público para que emitiera concepto, derecho del que hicieron uso en forma oportuna los apoderados de la entidad demandada (fls. 375 a 380 *ibidem*) y la parte actora (fls. 381 a 423 cdno. no. 2) en cuyos escritos reiteraron, respectivamente, lo expuesto en la demanda y en la contestación de esta.

## **VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación se abstuvo de emitir concepto.

## **VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a

consideración en única instancia con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia, 2) análisis de los cargos de nulidad, 3) restablecimiento del derecho, 4) efectos de la sentencia y, 5) condena en costas.

## **1. Objeto de la controversia**

La parte actora pretende la declaración de nulidad parcial del fallo de responsabilidad fiscal no. 074 de 31 de enero de 2013 proferido por la Contraloría General de la República por medio del cual se declaró fiscalmente responsable a la señora Lucero Jiménez Jiménez -entre otros investigados-, así como también se pretende la nulidad parcial del auto no. 01072 de 28 de junio de 2013 por el cual se resolvió negativamente el recurso de reposición y del fallo no. 0052 de 221 de octubre de 2013 con el cual se decidió negativamente el recurso de apelación y se surtió el grado de consulta, por estimar que tales actos fueron expedidos con violación de los artículos 2, 3 y 5 de la Ley 610 de 2000 y del artículos 29 constitucional por falsa motivación, por ausencia de valoración probatoria y ausencia de tipicidad por cuanto no se probaron los presupuestos de la responsabilidad fiscal respecto de la demandante y por declarar a la actora solidariamente responsable.

Como consecuencia de lo anterior solicita a título de restablecimiento del derecho que se condene a la Contraloría General de la República a pagar a favor de la demandante una indemnización por daños inmateriales y la exclusión del boletín de responsables fiscales.

El problema jurídico a dilucidar es si la señora Lucero Jiménez Jiménez en calidad de vicepresidente de negocios de Fiduagraria es responsable fiscal por el detrimento patrimonial causado al municipio de Villavicencio por la inversión de unos recursos públicos, teniendo en cuenta su grado de participación en los negocios jurídicos celebrados y las funciones propias del cargo desempeñado en Fiduagraria SA.

## **2. Análisis de los cargos de nulidad**

Establecido lo anterior, a continuación la Sala estudiará el mérito de los cargos de nulidad propuestos por la parte actora que, como ya se relató, se concretan en cuatro distintos motivos de censura los cuales fueron consignados en el acápite de antecedentes de esta providencia y que serán resueltos en el mismo orden en que fueron propuestos.

### **2.1 Primer cargo: falsa motivación y violación de los artículos 3 y 5 de la Ley 610 de 2000**

Este motivo de censura lo fundamentó la parte actora en términos generales en lo siguiente:

1) Como vicepresidente de negocios no participó en la definición legal y estructuración de la tipología de negocio y modelo contractual denominado contrato de fiducia mercantil adoptado por Fiduagraria como un producto comercial desde el mes de marzo de 2006.

2) La función de la vicepresidencia de negocios de Fiduagraria que lideraba estaba orientada al desarrollo de los negocios entregados al área, esto es, a su ejecución y operación, aspecto que se efectuaba con base en un marco legal, conceptual y contractual previamente definido por las partes intervinientes e interesadas, en las normas que regulaban para la época de los hechos el negocio fiduciario y los procesos, en los manuales e instructivos que para la administración y operación de los negocios fiduciarios se habían diseñado e implementado por Fiduagraria dentro de su sistema de gestión de calidad.

3) En los actos administrativos demandados la Contraloría le impone responsabilidades por funciones y obligaciones que nunca le correspondieron alterando el marco funcional al que se encontraba sujeta para el desarrollo de sus misiones.

4) La entidad demandada para analizar el marco funcional de la vicepresidencia que dirigía no tuvo en cuenta con el valor probatorio que le correspondía todos y cada uno de los procesos, procedimientos, manuales e instructivos vigentes para la época de los hechos implementados en Fiduagraria bajo su sistema de gestión de calidad para la ejecución y administración y desarrollo de los negocios fiduciarios, donde claramente se establece para cada actividad que se ejecutaba el responsable de realizarlos, los cuales a su vez tenían registros y puntos de control de riesgo que estas personas debían observar.

5) La Contraloría argumentó que la aquí demandante omitió efectuar el control sobre el ingreso de recursos provenientes de las ofertas de cesión y que por tal razón colaboró por vía de omisión en la concreción del daño patrimonial del Estado, frente a lo cual destaca y reitera la actora que cuando los negocios fiduciarios se le entregaban a la vicepresidencia de negocios para su operación se tenía claro que venían revisados respecto de su procedencia, legalidad y viabilidad de ejecución por parte de las áreas responsables, listos para el arranque operativo dado que en virtud del marco funcional la vicepresidencia de negocios solo tenía la obligación de implementar y desarrollar los negocios entregados a esa área, además, el marco contractual establecía la facultad de oponerse al ingreso de los recursos únicamente cuando en virtud de la verificación del proceso SIPLA se determinara que los recursos provenían de personas naturales o jurídicas con antecedentes de lavado de activos o financiación del terrorismo, situación que no era aplicable para la oferta de cesión de beneficio que suscribió el Consorcio Proyectar con el municipio de Villavicencio en virtud del numeral 2.3.1.1.4 de la Circular Externa 934 de 2004 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia y modificada por la Circular Externa 040 de ese mismo año, por tanto no es cierto que tuviera la facultad de oponerse al ingreso de esos dineros en circunstancias distintas a la excepción anteriormente indicada y por consiguiente cualquier decisión en contrario atentaría en contra de las obligaciones contractuales del contrato de fiducia mercantil.

6) No participó en la adopción ni en la estructuración de la modalidad comercial, tampoco fue responsable del entorno de las decisiones adoptadas por la junta directiva y la presidente de la fiduciaria, máximos órganos estos de administración y dirección de la entidad.

Conforme al marco funcional establecido para su cargo se limitó a la implementación de las actividades con fundamento en el marco contractual y las directrices impartidas por las áreas estructuradoras del negocio tanto en la parte comercial,

legal, la presidencia y la junta directiva como está demostrado en memorandos, actas de junta y correos electrónicos.

7) Una de las funciones principales del cargo de vicepresidente de negocios que desempeñaba en relación con los negocios fiduciarios era la de *“coordinar, gestionar y controlar la ejecución de las acciones necesarias para la implementación y desarrollo de los negocios que se le encomiendan al área”*, función que le imponía la obligación de desarrollar todas las gestiones necesarias para implementar y desarrollar los negocios fiduciarios entregados al área, lo cual implicaba de suyo que en su formulación, control de legalidad, estructuración y demás asuntos previos relacionados, la Vicepresidencia era ajena a esas dinámicas.

Otra función relacionada con la administración de los negocios fiduciarios a cargo de la vicepresidencia de negocios fiduciarios era la de controlar, evaluar y hacer seguimiento a las acciones ejecutadas por el grupo de negocios (directores y ejecutivos), es decir, controlar la gestión del grupo (recurso humano), esto es, de quienes desarrollaban la operación y control de los negocios asignados, la que fue mal encaminada por parte de la contraloría al erróneamente equipararla con el *“control de los negocios fiduciarios”* ejercidos por los gerentes y ejecutivos de cuentas, este tipo de funciones hacen referencia precisamente al control de la gestión cotidiana de aquellos que si desarrollaban la operación y control de los negocios asignados.

8) Todas las motivaciones utilizadas para forzar el juicio de adecuación típica respecto de los presupuestos de la responsabilidad fiscal de la aquí demandante no corresponden a la realidad, configurando el fenómeno de la falsa motivación del acto administrativo toda vez que los motivos que dan fundamento a la decisión son inexistentes, atípicos y ajenos a la realidad.

Sobre el particular estima pertinente la Sala precisar lo siguiente:

1) En lo que respecta a la falsa motivación esta se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente o cuando existiendo unos hechos estos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis el error de hecho y, en la segunda, el error de derecho como modalidades diferentes de la falsa motivación.

El Consejo de Estado mediante sentencia del 26 de junio de 2008, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente No. 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07) manifestó respecto de la falsa motivación:

*“Se reconoce esta causal cuando la motivación de los actos administrativos es ilegal, es decir **cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para su emisión, traducidas en la parte motiva del acto, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición.***

*De manera pues que el acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, **debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse, so pena de configurar el vicio de falsa motivación que afecta su validez y que confluye en la nulidad del mismo.***

*En tratándose de examinar ésta causal de nulidad, se acudirá siempre a la motivación expresada en el acto cuando se expide en ejercicio de una facultad reglada.*

***La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración; constituye además un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto, por lo que cualquier anomalía que se aduzca en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición.*** (negritas adicionales).

Ahora bien, la misma corporación en providencia del 23 de junio de 2011 expediente No. 11001-03-27-000-2006-00032-00(16090), CP Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas precisó:

***“(...) En efecto, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.***

***Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.***

***Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión. (...).*** (se destaca).

2) En este caso la presunta falsa motivación se fundamenta en una apreciación equivocada de las funciones y competencia de la señora Lucero Jiménez Jiménez en su condición de vicepresidente de negocios fiduciarios de Fiduagraria SA para la época de los hechos por lo que la Sala reitera los criterios ya expuestos en anteriores decisiones<sup>1</sup> con ocasión de analizar y decidir sendos procesos muy similares a este promovidos igualmente por la citada demandante en contra de la Contraloría General de la República, en la que se discutió y definió la nulidad de actos administrativos sancionatorios por hechos casi iguales al presente, por razón de la ejecución de otros contratos fiduciarios celebrados por Fiduagraria.

Así las cosas, con base en el material probatorio obrante en el expediente administrativo y el recaudado dentro del presente proceso judicial procede la Sala

---

<sup>1</sup> Sentencia del 14 de julio de 2016, expediente no. 25000-2341-000-2014-01476-00, MP Fredy Ibarra Martínez y, sentencia de 6 de octubre de 2016, expediente no. 25000-2341-000-2013-2401-00 MP Óscar Armando Dimaté Cárdenas.

a determinar si las afirmaciones que expuso la parte demandante tienen el debido soporte probatorio y valor suficiente para desvirtuar la legalidad de los actos demandados por falsa motivación en la medida en que resulten contrarios a los hechos en que se fundamentaron los mismos.

3) Las normas jurídicas presuntamente violadas por la Contraloría General de la República dentro del proceso de responsabilidad fiscal CD no. 00201 que dio origen a la expedición de los actos administrativos cuya nulidad se depreca en la demanda son los artículos 3 y 5 de la Ley 610 de 2000 que al respecto preceptúan:

**“Artículo 3°. 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.

**Artículo 5°. Elementos de la responsabilidad fiscal.** La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”

4) Dentro del material probatorio se evidencia el contrato denominado “*contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago suscrito entre Fiduagraria SA y D&PE SA*” (fl. 638 antecedentes administrativos - disco compacto carpeta 11 - fls. 77 a 90) el cual tenía por objeto servir de fuente de pago de las obligaciones que adquiriera el fideicomitente con los inversionistas por concepto de ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, para lo cual el fideicomitente transferiría a Fiduagraria para su administración los siguientes bienes:

a) Los derechos económicos surgidos del contrato de suministro de carbón suscrito con Prodeco Productos de Colombia SA y Carbones y Minerales SA (Carminales SA), b) la maquinaria descrita en el anexo del contrato, c) los recursos provenientes de los inversionistas beneficiarios por concepto de la cesión de ofertas de derechos de beneficio formalizada en las ofertas comerciales de cesión de beneficios con pacto de readquisición, d) los rendimientos financieros que generen los demás bienes fideicomitados, e) restitución de remanentes al fideicomitente, f) pagar honorarios a terceros y, g) constitución de un patrimonio autónomo por parte de Fiduagraria SA.

El contrato de fiducia tenía como propósito que D&PE SA obtuviera recursos por parte de unos terceros inversionistas a través de la celebración de otro contrato accesorio al de fiducia denominado “*oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición*”, en el que el inversionista pagaría por los derechos de beneficio sobre los bienes fideicomitados y a su vez D&PE SA se obligaba a readquirir dichos derechos en un término determinado pagando el valor invertido más unos intereses previamente definidos.

En el referido contrato de “*oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición*” se estableció el compromiso celebrado entre el fideicomitente (D&PE S.A.) y el inversionista (municipio de Villavicencio) cuyos efectos respecto del negocio fiduciario se concretaban en el registro de estos en la contabilidad del patrimonio autónomo como beneficiarios del fideicomitente, a quienes ante un eventual incumplimiento de la obligación de readquisición se les pagaría el monto pactado en dicha oferta siempre que hubieren recursos disponibles en el fideicomiso (fl. 638 – disco compacto contentivo de los antecedentes administrativos - carpeta 15 – folios 23 a 26).

El patrimonio autónomo denominado “*Fideicomiso Consorcio Carbonero*” era administrado por Fiduciaria, entidad que tenía el compromiso en caso de incumplimiento en la readquisición de los derechos comprados por el municipio de Villavicencio como inversionista a D&PE como fideicomitente de honrar la obligación con los recursos existentes en el fideicomiso.

En ese orden de ideas, detrás de los contratos de *fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago y oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición* lo que realmente había era un contrato de mutuo comercial que tenía como objeto que el municipio de Villavicencio prestaba unos recursos a la sociedad D&PE SA a un plazo y unos intereses determinados y, como garantía del cumplimiento de la obligación D&PE cedía al ente territorial por intermedio de una fiduciaria (Fiduciaria) unos derechos económicos de un contrato de suministro de carbón que previamente D&PE había celebrado con otras sociedades.

En ese sentido se comparte las consideraciones de la Contraloría General de República que en el fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia en cuanto expuso:

*“La dinámica de las operaciones enseña la realización de actos diversos a los convenios o contratos realizados, específicamente, señalaban la OFERTA DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN, como un acto de simulación relativa, que más da cuenta de un contrato de mutuo con intereses que una cesación de derechos y que el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago contenga una débil, frágil e inconsistente “garantía” tal como lo manifestó la Presidencia de la Fiduciaria en la reunión de Junta Directiva llevada a cabo el 10 de julio de 2007, plasmada en el acta N° 171 (folio 1041) cuando al explicar el objeto de los contratos de fiducia que pretendían someter a aprobación de la Junta y cuyo modelo seguía al realizado con GREEN MOUNTAIN CONSULTING S.A. expreso al referirse a estos contratos: “... no pueden considerarse como garantía para los inversionistas beneficiarios que fondeen a los fideicomitentes.”, es decir, que efectivamente el Inversionista Beneficiario jamás contó con garantía laguna (sic) sobre su inversión, por cuanto los términos del contrato mismo dejaban sin contenido y posibilidad de realización al acto generador de la fuente de pago.*

(...).” (fl. 495 cdno. no. 2 – mayúsculas fijas del original).

Dentro de ese esquema o tipología contractual la sociedad D&PE presentó el 12 de diciembre de 2007 una *oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición* al municipio de Villavicencio por valor de \$1.000.000.000 cuya aceptación se entendió surtida el 27 de diciembre de ese mismo año como se

desprende del mismo contrato, con la obligación que D&PE recompraría dichos derechos el 29 de diciembre de 2008 pagando el valor invertido más unos intereses.

El objeto de la oferta de cesión fue estipulado en los siguientes términos:

*“1) Objeto de la oferta de cesión: Por medio de la presente Oferta Mercantil, EL OFERENTE ofrece ceder a favor del INVERSIONISTA BENEFICIARIO, los DERECHOS DE BENEFICIO que éste tiene en el FIDEICOMISO cuyos activos están representados en derechos económicos derivados de los contratos de suministro de carbón celebrados con PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA SA y CARMINALES SA (en adelante LOS CONTRATOS), EL OFERENTE ofrece readquirir los DERECHOS DE BENEFICIO cedidos, en la fecha prevista en el numeral 4) del presente documento, en los términos y condiciones que más adelante se describen.*

**2) PRECIO DE LA OFERTA DE CESIÓN: el precio de la oferta contenida en el presente documento es de MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (1.000.000.000.00).**

(...)

**4) MONTO Y PLAZO DE LA READQUISICIÓN: En la fecha 29 de diciembre de 2008 (en adelante “FECHA DE READQUISICIÓN”), EL OFERENTE deberá readquirir los DERECHOS DE BENEFICIO cedidos al inversionista beneficiario, por un precio de readquisición de MIL CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$1.044.530.616) en fecha 27 de junio de 2008. EL OFERENTE en forma anticipada pagará al inversionista beneficiario la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES TREINTA MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS MCTE (\$44.030.651) por concepto de intereses (...).”** (fl. 638 – disco compacto contentivo de los antecedentes administrativos - carpeta 15 – fls. 23 a 26 - mayúsculas sostenidas del original y negrillas de la Sala).

En caso de incumplimiento de la obligación de readquirir por parte de D&PE, es decir, de la devolución del dinero en el plazo pactado más los intereses, el municipio de Villavicencio como inversionista podría acudir a Fiduagraria SA como administrador del fideicomiso para que sirviera de fuente de pago, *siempre que hubiera recursos existentes para el efecto en el fideicomiso*; dicho de otra manera, Fiduagraria se comprometió a efectuar pagos a los inversionistas a cargo de los recursos disponibles en el patrimonio autónomo en el evento en que el fideicomitente no cumpliera con la obligación de readquisición de los derechos de beneficios cedidos a los inversionistas.

Del examen anterior se advierte que la función de Fiduagraria era en verdad la de garante del cumplimiento de la obligación, así se desprende de las cláusulas del contrato de fiducia mercantil que al respecto estipulan:

**“SEGUNDA.- OBJETO: El presente contrato de fiducia mercantil tiene por objeto servir de fuente de pago de las obligaciones que adquiera el FIDEICOMITENTE con los INVERSIONISTAS por concepto de ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, para lo cual el FIDEICOMITENTE transfiere a la FIDUAGRARIA los bienes descritos en la cláusula cuarta.**

**PARÁGRAFO PRIMERO.-** El patrimonio autónomo que se constituye con este contrato servirá de fuente de pago de las obligaciones a cargo del FIDEICOMITENTE hasta por el monto de los activos que el fideicomiso y que se encuentren registrados como tales en la contabilidad del negocio fiduciario al momento de hacerle exigibles tales obligaciones.

**PRÁGRAFO SEGUNDO.-** (...)

Dichas ofertas de cesión con pacto de readquisición para efectos de la vinculación al fideicomiso en calidad de INVERSIONISTA BENEFICIARIO, deberán contener y cumplir por lo menos las siguientes declaraciones y requisitos para ser vinculadas y oponibles al fideicomiso: (...).

6) Que conoce y acepta que en caso de incumplimiento de la obligación de readquisición de los derechos cedidos por parte del FIDEICOMITENTE, la FIDUCIARIA gestionará el pago pactado en la oferta respectiva **siempre que existan bienes suficientes para el efecto en el Fideicomiso.**

(...).

CUARTA.- (...).

**PARÁGRAFO SEGUNDO.-** En el evento de que por cualquier causa el FIDEICOMITENTE incumpla la obligación de readquisición a favor de los inversionistas beneficiarios, la FIDUCIARIA honrará dicha obligación con los recursos disponibles en el fideicomiso. De no existir tales recursos, el contrato fiduciario se terminará y liquidará procediendo la FIDUCIARIA a ceder los activos que a esa fecha existan en el patrimonio autónomo a los inversionistas beneficiarios, en el mismo porcentaje de su participación en los derechos de beneficio y a prorrata de los bienes que se encuentren en el fideicomiso debiendo estos asumir los gastos a que haya lugar en igual proporción.” (fl. 638 antecedentes administrativos - disco compacto carpeta 11 - fls. 77 a 90 - mayúsculas originales y negrillas fuera del texto original).

La garantía del cumplimiento de la obligación de readquisición estaba supeditada al evento de que existieran recursos disponibles en el fideicomiso los cuales estuvieron a plena disposición del fideicomitente.

Los bienes del fideicomiso estaban compuestos por: i) los ingresos provenientes del contrato de servicios mineros celebrado entre D&PE con Prodeco Productos de Colombia SA y Carbones y Minerales SA, cedidos al patrimonio autónomo consorcio Carbonero y, ii) los recursos aportados por los inversionistas.

Las falencias en la estructuración del negocio estaban en la garantía del cumplimiento de la obligación de readquisición puesto que los recursos del fideicomiso (la fuente de pago) estuvieron siempre a disposición del fideicomitente – deudor (D&PE), quedando entonces a su mera voluntad el mantener o consignar los recursos suficientes para cumplir con la obligación de readquisición de los derechos cedidos, es decir de devolver la suma de dinero invertida por el municipio de Villavicencio.

Los riesgos a que se exponían los inversionistas fueron analizados por el ente de control en el fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia así:

**“La configuración contractual desconoció los evidentes riesgos a los que exponía al inversionista beneficiario, insistimos, cualquiera que fuera su calidad de público o privado, por cuenta de la débil estructura del contrato, pues permitió la creación de un negocio en el que, la fuente de pago se condicionó a la disponibilidad de recursos con lo que se atentó contra la fuente misma, ya que, entrego (sic) el manejo absoluto de los recursos al fideicomitente y en general del fideicomiso con lo que afectó la disponibilidad de los mismos.”** (fl. 496 cdno. ppal. no. 2 - negrillas fuera de texto)

5) La aceptación de la oferta finalmente se materializó con el giro a órdenes del patrimonio autónomo Carbonero administrado por Fiduagraria SA por la suma de \$1.000.0000.000 a Fiduagraria como se desprende del fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia y de la certificación y la relación de inversiones expedidas por el tesorero del municipio de Villavicencio (fls. 493 cdno. no. 2, fls. 136 a 140 carpeta 13 disco compacto – antecedentes administrativos); los recursos invertidos provenían de excedentes de tesorería provenientes de regalías para el sector educación que se debían invertir en los términos dispuestos en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003 que al respecto dispone:

**“Artículo 17. Colocación de excedentes de liquidez.** Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

**Parágrafo.** Las Entidades Territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la presente ley.”

En primera medida, el contrato de oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición no era una inversión jurídicamente viable en virtud de la norma citada, adicionalmente, el mencionado contrato presentaba graves riesgos para el municipio de Villavicencio como inversionista puesto que, como ya se analizó, la estructuración del negocio permitía que D&PE dispusiera de los recursos sin garantía alguna de devolver el dinero.

Fiduagraria pretendió salvar su responsabilidad como garante del incumplimiento de las obligaciones a sabiendas de la deficiencia del contrato de cesión de beneficios con pacto de recompra y los riesgos que representaba para los inversionistas.

Para Fiduagraria el inversionista era concededor de las condiciones y los riesgos de la inversión y, según los contratos de fiduciaria y de cesión de beneficios el fideicomitente (D&PE) era el único obligado a devolver el dinero al inversionista, de manera que la obligación de Fiduagraria se restringía únicamente a hacer devolución del dinero invertido siempre que existieran recursos en el fideicomiso, de los cuales tenía plena disposición D&PE quedando entonces a su mera de

voluntad mantener o no los recursos necesarios para honrar su obligación de readquisición.

El contrato de Fiducia cumplía una función de garantía que en últimas no tenía, quedando a la mera voluntad de D&PE la decisión de pagar o no.

6) El plazo pactado para la readquisición de los derechos cedidos por la sociedad D&PE y la devolución del dinero invertido en favor del municipio de Villavicencio tenía como plazo el 29 de diciembre de 2008, sin embargo vencido el plazo se incumplió dicha obligación por parte de D&PE, sumado al hecho anterior que Fiduagraria como administrador del fideicomiso no atendió la fuente de pago subsidiaria en atención a que no habían recursos dinerarios en el fideicomiso.

Al respecto en el fallo de responsabilidad de segunda instancia se estableció lo siguiente:

***“Pues bien, vencido el plazo estipulado para la readquisición, de conformidad con lo acordado en la oferta comercial de cesión de derechos de beneficios con pacto de readquisición, el Fideicomitente D&PE SA no cumplió con el pago correspondiente así como tampoco lo hizo la Fiduagraria en su calidad de administradora del Patrimonio Autónomo Consorcio Carbonero.”*** (fl. 576 vlto. cdno. no. 2 – resalta la Sala).

7) Teniendo en cuenta las deficiencias en la estructuración del contrato de oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición la Contraloría General de la República declaró fiscalmente responsable a varios funcionarios del municipio de Villavicencio, a la sociedad D&PE SA, al señor Pedro Alejandro Martínez en condición de vicepresidente comercial de Fiduagraria y a la señora Lucero Jiménez Jiménez en su condición de vicepresidente de negocios de Fiduagraria, de manera particular se imputaron cargos y se condenó fiscalmente a la señora Lucero Jiménez Jiménez a través de los siguientes actos administrativos:

a) Por auto no 000702 de 22 de junio de 2011 la Contraloría General de la República imputó cargos a la demandante por considerar que *“omitió desplegar todas las actividades para el cumplimiento de los fines del contrato fiduciario, así como desplegar sus conocimientos técnicos y carácter profesional para llevar a cabo los fines propuestos por el fiduciante y para advertir los peligros, riesgos e ilegalidades en que estaba incurriendo la fiduciaria.”* (fls. 413 vlto. 415 vlto. cdno. no. 2).

b) La Contraloría General de la República declaró fiscalmente responsable a la señora Lucero Jimenez Jiménez por medio del fallo no. 00074 de 31 de enero de 2013 por no ejercer control sobre el negocio fiduciario, no detener la ejecución del mismo y no haber adoptado medida alguna en relación a impedir la inversión de los dineros públicos, en efecto el ente de control fundamentó su decisión en los siguientes términos:

*“(..)*

***La contribución Causal de la conducta.***

***Era función de la Doctora LUCERO JIMENEZ JIMENEZ el controlar los negocios fiduciarios a cargo de su área, control que no solo se remitía a la formal ejecución del contrato sino que debía hacerlo también observando la finalidad del mismo. Es de recalcar que pese haber***

*advertido claramente las debilidades del contrato de fiducia tal como lo dejo consignado en el memorando de noviembre 7 de 2006 dirigido a los Vicepresidentes Jurídico y Comercial de la entidad, fecha para la cual aún no habían ingresado los recursos públicos, las consideró no obstante estar consciente de ello, superadas con el concepto emitido por parte de los Vicepresidentes mencionados.*

***Permitió entonces con su conducta la doctora Lucero Jiménez que el contrato de fiducia mercantil fuera utilizado como instrumento para la realización de operaciones que directamente el fideicomitente no podría realizar, como el recibir dineros públicos a través de una cesión de derechos de beneficio inexistente, en la que el ente territorial colocó recursos de la educación (sic) en manos de una empresa particular violando lo dispuesto en la Ley 819 de 2003. Ahora, el que por parte de la Vicepresidencia Comercial y Jurídica se le haya informado acerca de la supuesta independencia entre las ofertas de cesión y el contrato de fiducia, no es excusa válida para no haber adoptado medida alguna en relación a impedir la inversión de los dineros públicos, toda vez que si la funcionarla se percató oportunamente de su improcedencia, conforme a los deberes de su cargo, ha debido oponerse al ingreso de ellos, oposición para la que contaba con toda facultad dado su cargo de Vicepresidente de Negocios Fiduciarios.***

***Así mismo no realizó control alguno y por lo tanto actuó gravemente culposa frente al giro indiscriminado de los recursos con que contaba el Patrimonio Autónomo ordenados por parte del fideicomitente a terceros y su consecuente agotamiento, de tal forma que la supuesta fuente de pago como finalidad del contrato de fiducia no podía cumplir con su objeto, más aún cuando muchos de ellos no estaban relacionados con la explotación y exploración pactada entre D&PE y CARMINALES.***

***Es notorio entonces que la funcionaría no realizó los actos necesarios para lograr la finalidad fiduciaria, pues de una parte, a pesar de haber evaluado que los dineros públicos aportados no tenían la vocación legal para ello, permitió su ingreso y de otra, tampoco obro con la diligencia necesaria para la preservación de los mismos, si se tiene en cuenta que no se preocupó por conocer el negocio objeto del contrato de fiducia del cual supuestamente se derivaría el flujo de caja para el pago a los acreedores del Fideicomitente que en este caso lo era el municipio de Villavicencio.***

*Sin duda alguna, la omisión en el cumplimiento de sus funciones de gestión y control del negocio fiduciario, configura culpa grave a cargo de la doctora LUCERO JIMENEZ, teniendo en cuenta, la conexidad próxima y necesaria de los actos que debió ejecutar con ocasión de la gestión fiscal indirecta que ejerció respecto al manejo de los recursos públicos consignados por el ente territorial en el Patrimonio Autónomo constituido por un particular, conducta con la que contribuyó eficazmente a la realización del daño al erario público del municipio de Villavicencio.*

(...)." (fls. 511 a 512 cdno. no. 2 – mayúsculas sostenidas originales – se destaca).

- c) El ente de control por auto no 001072 de 28 de junio de 2013 resolvió el respectivo recurso de reposición contra el fallo de responsabilidad fiscal y analizó de manera especial las funciones de la señora Lucero Jiménez Jiménez y concluyó lo siguiente:

***“(...) Es por esto que la vicepresidencia de negocios fiduciarios era quien estaba a cargo de la ejecución, control y seguimiento de los negocios fiduciarios, actividades que como se referenció en el fallo recurrido y a lo largo de esta providencia no se cumplieron por parte de la encargada de hacerlo, lo que contribuyó a la producción del daño y por ende a la declaración de responsabilidad fiscal de la funcionaria.***

(...).

*Es claro dentro del estudio efectuado a las pruebas recaudadas y al expediente en el caso concreto que la señora LUCERO JIMENEZ JIMENEZ ostentó el cargo de vicepresidente de negocios fiduciarios en la sociedad Fiduagraria SA. Así mismo, que dentro del marco funcional de la vicepresidencia de negocios fiduciarios estaba la de controlar la ejecución del contrato de fiducia conforme a su finalidad, operaciones entre las que se encontraba el controlar la legalidad de los recursos que ingresaban y pagos que D&PE ordenaba hacer.*

*Se encuentra igualmente demostrado que el daño al patrimonio público se generó por el ingreso de recursos objeto de gestión fiscal al fideicomiso y su posterior desembolso a terceros. Asimismo que existe nexo causal entre la conducta funcional de la señora JIMENEZ JIMENEZ, es decir la omisión y el generador del daño fiscal.*

(...).

*Es preciso analizar ahora respecto de la autonomía de la vicepresidencia de negocios fiduciarios, teniendo en cuenta que en la reunión de junta llevada a cabo el 30 de noviembre de 2006 se dispuso ejecutar el negocio fiduciario conforme a un nuevo procedimiento de conocimiento del cliente, aclarando que este debía hacerlo el área correspondiente conforme a la competencia funcional de la compañía, instrucción modal que se acompasa a unas de las principales características del esquema Teylor, como lo es el de no obedecer a la línea de mando alguno, toda vez que la decisión es adoptada por el funcionario competente conforme a las circunstancias que rodean su ramo de ejecución.*

(...)

***Bajo ese entendido, observa el despacho que dentro del marco funcional de la señora JIMÉNEZ JIMÉNEZ se encontraba la ejecución del negocio conforme a su finalidad y a lo convenido de tal forma que su no cumplimiento contribuyó al daño fiscal, toda vez que de haber cumplido sus funciones conforme de lo imponía su cargo, los recursos no hubieran ingresado al fideicomiso, como tampoco se hubieran ingresado al fideicomiso, como tampoco se hubieran dispuesto de manera arbitraria, es decir, que el patrimonio público no se hubiera afectado.***

*A pesar que el togado en el transcurso del medio de impugnación, trata de asimilar la conducta desplegada por su prohijada a la de las señoras MARÍA FERNANDA ZÚÑIGA CAUX Y LAURA CIFUENTES MUÑOZ a efectos de enervar el fallo con responsabilidad fiscal ya dictado, con ocasión a la aplicación de idénticos supuestos de hecho y de derecho, no puede esta delegatura eximir de responsabilidad a la responsable fiscal en*

*mención, teniendo en cuenta que las funciones radicadas en cabeza de las anteriores funcionarias son disimiles y tal y como se manifestó en la providencia que puso fin a esta instancia procesal no correspondía al área de la presidencia de la fiduciaria permitir o no las renovaciones de los contratos fiduciarios, como tampoco la identificación y tratamiento de riesgos del contrato en ejecución y el control sobre estos, circunstancia que sí se predica por parte de la señora JIMÉNES JIMÉNEZ en su condición de vicepresidente de negocios fiduciarios, pues dentro de su orbita funcional y competencias se encontraba la dirección, coordinación y control de negocios asignados, luego entonces nos encontramos ante presupuestos diferentes lo que implica que esta delegatura ratifique la decisión adoptada en torno al juicio de responsabilidad efectuado a la señora LUCERO JIMÉNEZ JIMENÉZ en grado de culpa grave, por incurrir en omisiones tantas veces referidas.” (fls. 488 vlto. y 489 cdno. no. 2 – mayúsculas sostenidas del texto original - negrillas de la Sala).*

d) A través del fallo de responsabilidad fiscal no. 0052 de 21 de octubre de 2013 la Contraloría General de la Nación resolvió el respectivo recurso de apelación y surtió el grado de consulta con la siguiente motivación:

*“Pues bien, tanto en la providencia recurrida como en el escrito de apelación se resaltaron en uno y otro sentido (acusación y defensa las siguientes funciones: controlar y gestionar la ejecución de las acciones necesarias para la implementación y desarrollo de los negocios encomendados por su área; y controlar, evaluar y hacer seguimiento a las acciones ejecutadas por el grupo de negocios (directores y ejecutivos).*

***De los anteriores referentes funcionales se observa la existencia clara del deber de control y seguimiento que de los negocios fiduciarios debía realizar la señora LUCERO JIMÉNEZ, sin embargo, es claro que esta funcionaria no efectuó dicha función sobre los negocios directamente ni sobre el personal que estaba a su cargo, contribuyendo de esta forma al daño ocasionado, pues, definitivamente una afortunada gestión de su área hubiese impedido el ingreso de recursos públicos del municipio de Villavicencio, evitando de esta forma la concreción del daño, Ahora sobre el punto no se observa prueba en la que se indique que, algún órgano directivo (junta directiva o presidencia) de FIDUAGRARIA SA hubiese dado la instrucción a la señora LUCERO JIMÉNEZ de no realizar control alguno sobre el negocio fiduciario CONSORCIO CARBONERO. Cabe señalar que una de las principales características del esquema funcional Taylor es la de no obedecer a una línea de mando, toda vez que, la decisión final es adoptada por el funcionario competente conforme a las circunstancias y expectativas de su función.***

*(...).* (fls. 583 vlto. y 584 cdno. no. 2 – mayúsculas del texto original y negrillas de la Sala).

Del análisis de los actos administrativos citados que fueron expedidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal no. 00201 se colige que se declaró fiscalmente responsable a la señora Lucero Jiménez Jiménez por dos razones, a saber: i) incumplir con su función como vicepresidente de negocios de evaluar, controlar y hacer seguimiento a un negocio fiduciario que presentaba ostensibles riesgos para

los inversionistas y, ii) permitir el ingreso al patrimonio autónomo de los recursos públicos del municipio de Villavicencio que tenían una destinación específica.

8) En ese orden de ideas se procede a analizar las dos conductas atribuidas a la demandante frente a las pruebas aportadas al proceso en orden a determinar si está probada o no la presunta falsa motivación de los actos acusados, en los términos en que fue consignado en la demanda.

Es diáfano que Fiduagraria SA estructuró y ejecutó un contrato fiduciario con ostensibles deficiencias en cuanto a garantías de los inversionistas que a la postre conllevó al detrimento patrimonial del municipio de Villavicencio, por consiguiente es fundamental identificar las funciones a cargo de la vicepresidenta de negocios de Fiduagraria SA para determinar si incurrió o no en una omisión de sus funciones y si esa omisión fue la causa del detrimento patrimonial.

Las funciones de la vicepresidenta de negocios de Fiduagraria enunciadas en el propio fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia, según lo consignado en el manual de funciones vigente para la época de los hechos, eran las siguientes:

*“Coordinar, gestionar y controlar la ejecución de las acciones necesarias para la implementación y desarrollo de los negocios que se le encomiendan al área.*

*Controlar, evaluar y hacer seguimiento a las acciones ejecutadas por el grupo de negocios (directores y ejecutivos).*

*Dirigir y coordinar el desarrollo de estrategias definidas en los planes, políticas y directrices d la Fiduagraria.*

*Plantear nuevas alternativas de negocios a los clientes existentes.” (fls. 508 y 510 cdno. no. 2).*

De la lectura de las citadas funciones en cabeza de la vicepresidenta de negocios se colige que eran tareas de ejecución de los contratos fiduciarios, estando por fuera de su esfera las funciones de negociación, definición, estructuración, elaboración, diseño, celebración y revisión de los negocios en general y de los contratos fiduciarios en particular.

Se hace hincapié en que de los elementos probatorios incorporados al expediente no se vislumbra participación alguna de la señora Lucero Jiménez Jiménez en la etapas previas de diseño de productos fiduciarios, estructuración de los contratos ni de negociación con la sociedad D&PE SA o con el municipio de Villavicencio, así como tampoco existen hechos o cargos imputados en los actos administrativos acusados alusivos a la participación en dichas etapas.

No obstante lo anterior, en cumplimiento de la función de ejecución de los contratos fiduciarios la vicepresidenta de negocios estaba en la obligación de alertar las deficiencias que pudiesen contener las tipologías contractuales dispuestas por las áreas jurídica y comercial de Fiduagraria, de manera que ante la evidencia de contratos que representaran graves riesgos para las partes involucradas, en especial para los inversionistas que confiaban en el respaldo e intervención de

Fiduagraria, era función de la vicepresidencia de negocios alertar de forma oportuna dichas deficiencias contractuales.

En ese sentido la parte actora afirma que sí cumplió con ese deber de advertir oportunamente las deficiencias contractuales en cuanto a garantías y cumplimiento de las obligaciones se trata a través de diferentes comunicaciones, las cuales se procede a analizar:

a) Como se desprende del fallo de responsabilidad fiscal primera instancia y fue resaltado también por esta Sala de decisión en la sentencia de 14 de julio de 2016 proferida dentro del expediente no. 25000-2341-000-2014-01476-00 M.P. Fredy Ibarra Martínez, en donde se analizó un caso similar propuesto por la misma demandante, la vicepresidente de negocios Lucero Jiménez Jiménez a través de memorando 140 de 7 de noviembre de 2006 expuso ante las vicepresidencias comercial y jurídica serias advertencias y cuestionamientos sobre los vacíos y riesgos que comportaban la ejecución de la tipología contractual de fiducia mercantil de administración y fuente de pago y oferta de cesión de beneficios con pacto de readquisición, refiriéndose (entre otros contratos fiduciarios) al fideicomiso Consorcio Carbonero objeto del presente litigio, en los siguientes términos:

***“nos permitimos informar que analizados dichos contratos, encontramos que la estructuración comercial y jurídica de los mismos presentan vacíos al momento de ejecutar la operación del negocios, generando riesgos en la administración del negocio, dado que en los mismos no definen claramente algunos aspectos esenciales para realizar dicha administración, generando igualmente confusiones o interpretaciones diferentes en los inversionistas beneficiarios, lo cual conlleva a malestar de parte de los clientes.***

A continuación detallamos los conceptos generales en los que hemos encontrado vacíos sobre los cuales requerimos la claridad jurídica y económica para efectos de operar los negocios y proceder a solicitar los respectivos otrosis:

***1. Inexistencia de relación entre los ingresos esperados de los CONTRATOS CEDIDOS que constituyen la fuente de pago y el monto máximo de INVERSIONES, vía OFERTA DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO CON PACTO DE READQUISICIÓN, lo que implicaba que no existe contractualmente un tope para comprometer la fuente de pago, posibilitando así un endeudamiento ilimitado para los clientes. (...)***

***2. En relación al manejo y disposición de los recursos provenientes de contratos cedidos, no se establece con claridad si estos deben permanecer pignorados hasta completar el monto de las obligaciones existentes o si son de libre disposición por parte del inversionista.***

Al respecto, es preciso mencionar que algunos de los contratos, establecen la constitución de un FONDO DE RESERVA cuyo objeto es la recompra de los derechos de beneficio; fondo cuyo porcentaje determinarán entre el FIDEICOMITENTE Y EL INVERSIONISTA y ***que efectuando el análisis de los ingresos que serán recaudados de esta fuente de pago vs el valor de inversiones, salvo que dicho porcentaje sea igual al 100% de dichos ingresos, el Fideicomiso no tendría en ningún momento del tiempo, los ingresos necesarios para atender las readquisiciones, lo que conllevará a la liquidación en el primer incumplimiento. (...)***

**En punto de los temas anteriores, salvo mejor opinión consideramos que siendo el ingreso por los contratos una fuente de pago de inversionistas, esta debe permanecer pignorada hasta tanto existan recursos suficientes para atender las obligaciones existentes.**

Mediante comunicación VJSG-1195 de octubre 30, la Vicepresidencia Jurídica trata el tema en comento; no obstante, continuamos con las inquietudes antes planteadas, dado que en la comunicación se concluye en un punto que el destino de los recursos de contratos es única y exclusivamente el pago de obligaciones con inversionistas, y en otro de los puntos que debe existir un porcentaje de FONDO DE RESERVA lo que conlleva a concluir que el diferencial entre el 100% de los ingresos y el % establecido como reserva, se podría destinar a otros fines. (...)

Consideramos igualmente que el % de reserva debe quedar definido desde el inicio del contrato, de tal forma que los inversionistas al declarar en su oferta de cesión de derechos de beneficio que conocen el contrato, igualmente estaría otorgando su aval u aceptación sobre dicho porcentaje.

3. En el evento de incumplimiento de la primera oferta, en la cual nos vemos abocados a iniciar el proceso liquidatorio, no existe la claridad contractual que permita efectuar el prorrateo y cesión de activos fideicomitidos, ya que se configuran los siguientes interrogantes:

- Para el pago de la oferta vencida se contemplarán la totalidad de los recursos existentes o se deben extraer los que provengan de otros inversionistas beneficiarios? (...)

Al respecto consideramos que el contrato debe contemplar los posibles escenarios en el evento de liquidación de tal manera que los inversionistas beneficiarios conozcan desde el inicio de la operación el proceso de distribución. (...)

Dado los temas antes mencionados, **consideramos necesario evaluar los mismos y proyectar modificaciones al marco contractual de tal forma que se tenga claridad absoluta por cada uno de los actores y se disminuya el riesgo que se puede generar en la ejecución del negocio y frente las responsabilidades de la fiduciaria e igualmente se evite desgaste en interpretaciones, inconformidad del cliente y por ende se produzca mayor agilidad en la atención del negocio.**

**Para futuros negocios de este tipo, solicitamos que previo a su suscripción se cuente con las observaciones de esta Vicepresidencia. (...)**" (fls. 511 y vlto. y 515 y vlto. cdno. no. 2 – Sentencia del 14 de julio de 2016, expediente no. 25000-2341-000-2014-01476-00, M.P. Fredy Ibarra Martínez - mayúsculas sostenidas originales, negrillas y subrayado de la Sala).

Lo primero que se pone de presente es que el anterior memorando fue emitido por la vicepresidencia de negocios previamente a la presentación de la oferta mercantil que le hiciera la sociedad D&PE al municipio de Villavicencio, es decir que las advertencias fueron previas a la inversión de los recursos en relación directa con ese específico negocio jurídico.

b) Aunado a lo anterior, en el memorando citado se evidencia que efectivamente la señora Lucero Jiménez Jiménez en su condición de vicepresidente de negocios objetó la tipología contractual y manifestó su preocupación acerca la disponibilidad

absoluta de los recursos por parte del fideicomitente (D&PE) sin que se pignorarán los recursos necesarios para garantizar el cumplimiento de la obligación de readquirir por parte del fideicomitente (D&PE), advirtió la necesidad de garantizar el retorno de los recursos a los inversionistas y presentó fórmulas y propuestas dirigidas a modificar la tipología contractual para que los ingresos de los contratos permanecieran pignorados *“hasta tanto existan recursos suficientes para atender las obligaciones”*.

c) Asimismo propuso realizar modificaciones contractuales para clarificar a los inversionistas los riesgos a los que se exponían bajo esta tipología contractual.

d) En ese orden de ideas se considera que ese memorando es clara e inequívocamente indicativo del cumplimiento oportuno, idóneo y preciso de las obligaciones que demandaba el ejercicio del cargo de vicepresidente de negocios pues, siendo su función ejecutar y controlar el desarrollo de los contratos objetó esa tipología contractual por presentar deficiencias en las garantías de los inversionistas, deficiencias que precisamente conllevaron a que se presentara el detrimento patrimonial del municipio de Villavicencio.

e) Se hace especial énfasis en el hecho de que si las vicepresidencias comercial y jurídica hubiesen acogido las observaciones y recomendaciones expuestas por la vicepresidente de negocios no se hubiere presentado el detrimento patrimonial porque se hubiera garantizado en debida forma, idónea y eficaz el cumplimiento de la obligación de la sociedad D&PE consistente en devolver los recursos invertidos, en razón de que se hubieran pignorado los recursos necesarios para tales efectos.

f) Complementariamente mediante memorando VNF – 193 de 22 de diciembre de 2006 la vicepresidente de negocios de Fidagraria SA nuevamente solicitó a la vicepresidencia jurídica información acerca del fondo de reserva como fuente de pago para los inversionistas, en los siguientes términos:

*“(...) dado que de los nueve contratos actualmente suscritos cuatro determinan la obligatoriedad de constituir Fondo de Reserva y los cinco restantes no, solicitamos su colaboración en informarnos los aspectos detallados a continuación, dado que no obstante la diferencia antes mencionada venimos administrándolos bajo el mismo marco operativo.*

*1. Cuál es la diferencia entre los dos tipos de contrato y qué implicaciones tienen uno y otro en las responsabilidades de la fiduciaria, especialmente en lo referente al control sobre las fuentes de pago.*

*2. Frente a los inversionistas beneficiarios, qué implicaciones tiene uno y otro contrato. (...)*

*5. En uno u otro caso el inversionista beneficiario pueden instruir pagos de los recursos que ingresan por contratos cedidos? En qué evento puede el inversionista beneficiario disponer de los recursos. (fl. 638 exp. activo.- carpeta 11 fls. 165 y 166 medio electrónico).*

De las comunicaciones citadas se corrobora que efectivamente la señora Lucero Jiménez Jiménez en la condición de vicepresidente de negocios alertó y explicitó las preocupaciones y advertencias por la manera como contractualmente los

recursos quedaban a plena disposición del fideicomitente y los riesgos de la fuente de pago frente a los inversionistas, como fue el caso del departamento de Meta.

Incluso la intervención y oposición de la vicepresidente de negocios fue evidenciada por la Contraloría General de la República ya que en el fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia reconoció lo siguiente:

*“Era función de la doctora LUCERO JUMENÉZ JIMÉNEZ el controlar los negocios fiduciarios a cargo de su área (...). **Es de recalcar que pese haber advertido claramente las debilidades del contrato de fiducia tal como lo dejó consignado en el memorando de 7 de noviembre de 2006 dirigido a los vicepresidentes jurídico y comercial de la entidad, fecha para la cual aún no habían ingresado los recursos públicos, (...).**”*  
(resalta la Sala).

9) Es relevante precisar que dentro de las funciones de la vicepresidenta de negocios antes citadas no estaba la de revisar, aprobar o suspender la ejecución de los contratos, por el contrario sus funciones eran eminentemente de ejecución, en ese orden de ideas, contrario a las consideraciones de la Contraloría General de la República no le era dable detener o suspender la ejecución del contrato, máxime cuando existió la directriz institucional por parte de la junta directiva de ejecutar el contrato de manera estricta y apegada al clausulado contractual, tal como a continuación se expone, coadyuvado por el hecho de que la vicepresidente de negocios no hacía parte de la junta directiva de Fiduagraria SA y por tanto no intervenía en la toma de decisiones de dicho órgano directivo.

10) La estructuración y elaboración de los contratos de esta tipología contractual fue objeto de análisis por parte de la junta directiva de Fiduagraria como máximo órgano de administración por la presidente y por las vicepresidencias jurídica y comercial, quienes adoptaron la tipología contractual y decidieron proseguir con su ejecución no obstante las advertencias respecto de la falta de garantías que representaba para los inversionistas; así las cosas se procede a analizar la participación de la junta directiva, la presidente y las vicepresidencias jurídica y comercial de Fiduagraria en los hechos objeto de sanción fiscal en orden a dilucidar si la vicepresidente de negocios tenía la facultad de suspender o impedir la ejecución del referido contrato fiduciario suscrito con la sociedad D&PE:

a) Respecto de la participación del presidente de Fiduagraria y de la junta directiva como máximos órganos de administración de Fiduagraria se tiene que en acta no. 163 de 30 de noviembre de 2006 se plasmó que la señora María Fernanda Zúñiga en ejercicio del cargo de presidente de Fiduagraria enteró a la junta directiva de las debilidades detectadas en la tipología contractual de *contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago*.

Sobre el particular en el fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia se expuso lo siguiente:

*“(...). **Obra en el expediente el reconocimiento expreso por parte de la Presidenta de Fiduagraria de la frágil estructura del contrato fiduciario cuando en reunión de junta directiva de noviembre 30 de 2006 (acta 163 a folio 1036) manifestó: señaló la señora Presidente, que el esquema contractual de este fideicomiso genera riesgo para los terceros que celebren operaciones con el Fideicomitente, pero que el***

**clausurado del mismo le brinda a estas personas la suficiente información sobre la operación en que pretende incursionar, por lo que son ellos los responsables de evaluar cuidadosamente las obligaciones a su cargo.** (fl. 494 vlto. cdno. no. 2 – negrillas de la Sala).

De conformidad con la citada acta de junta directiva de Fiduagraria SA es diáfano que tanto la presidente como la junta directiva conocían las debilidades y deficiencias de la tipología contractual (hecho que generó el daño patrimonial), incluso con anterioridad a que el municipio de Villavicencio invirtiera los recursos (27 de diciembre de 2007).

Adicionalmente, es especialmente relevante advertir que aunado a lo anterior la directriz institucional adoptada por la presidente y por la junta directiva fue que los contratos se debían ejecutar y que la responsabilidad sería únicamente de los inversionistas porque los contratos brindaban suficiente información.

b) Frente a las funciones de la presidente de Fiduagraria SA para la época de los hechos, según lo documentado en el fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia, se tiene lo siguiente:

*“- Definir, planear y controlar el plan estratégico de la Fiduciaria.*

*- Plantear y evaluar el desarrollo y resultados de estrategias de gestión de las diferentes áreas de la organización.*

*- Ejecutar y hacer cumplir todos los actos u operaciones correspondientes al objeto social, o que se relacionen con la existencia y funcionamiento de la sociedad con sujeción a lo previsto en los estatutos y a lo ordenado por la Asamblea o la Junta Directiva.”* (fls. 508 y 509 cdno. no. 2).

Tal como antes se analizó, en la acta de Junta Directiva citada la presidente de Fiduagraria tenía conocimiento de las falencias y debilidades del esquema contractual empero, por considerar que los contratos blindaban jurídicamente a Fiduagraria dejando toda la responsabilidad y riesgos a los inversionistas decidió continuar la ejecución de los contratos.

Se hace hincapié en que de conformidad con sus funciones de planeación y control la presidente tenía la potestad de suspender la ejecución de los contratos de fiducia previamente a que los inversionistas consignaran el dinero o, por lo menos, modificar la estructura del negocio máxime cuando eran perfectamente conocidos los graves riesgos, sin embargo quienes fungieron como presidentes de Fiduagraria para la época de los hechos extraña y curiosamente, por decir lo menos, fueron absueltos por parte de la Contraloría General de la República en el proceso de responsabilidad fiscal con base en la siguiente motivación:

*“(..). En ese orden de ideas, el despacho repara en la estructuración de los negocios fiduciarios que para la época de los hechos en que la señora CIFUENTES MUÑOZ ostentó el cargo de presidente le correspondía a las vicepresidencias comercial y jurídica, y que el control sobre el riesgo de los recursos de los inversionistas era de la injerencia de la vicepresidencia de negocios fiduciarios, reposando en ellas la expectativa le legítima (sic) de*

*cumplimiento sobre la omisión endilgada a la señora CIFUENTES MUÑOZ, por lo que no se configuraría culpa grave en vista, que la responsabilidad fiscal como es bien sabido, es personal.*

*Así las cosas esta delegatura no declarará la responsabilidad fiscal a cargo de la señora CIFUENTES MUÑOZ.*

*(...).*

*Tal y como se manifestó esta contraloría al analizar la posible responsabilidad de la señora CIFUENTES MUÑOZ, el modelo organizacional establecido en FIDUAGRARIA SA respondía a una distribución operativa por áreas fundadas en la especialidad de materia y no a un sistema de mando jerárquico entre ellas. Es por ello que la culpa grave imputada no se dio toda vez que al no serle exigible un determinado actuar no es posible que incurriera en una omisión, razón por la que se procederá a fallar sin responsabilidad fiscal a cargo de la señora MARÍA FERNANDA ZÚÑIGA CHAUX.” (fls. 507 a 509 cdno. ppal.).*

c) Por otra parte, es pertinente resaltar que por medio del memorando VCIA-341 de 20 de noviembre de 2006 las vicepresidencias comercial y jurídica contestaron conjuntamente las objeciones y cuestionamientos exteriorizados por la vicepresidencia de negocios, en el cual manifestaron que la obligación de cumplir el pacto de readquisición y devolución de los dineros era exclusivamente del fideicomitente (D&PE) y que según el contrato Fiduagraria solo pagaría a los inversionistas en el evento de que existan recursos disponibles.

De manera especial se pone de presente que dichas vicepresidencias contestaron también que no iban a contar con las observaciones como paso previo a la suscripción de los contratos porque la función de estructurar los negocios y la elaboración de los contratos estaba restringida a las áreas comercial y jurídica.

En efecto la respuesta que fue consignada en el fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia contempla lo siguiente sobre dicho punto:

***“(...) a los dos les fue dirigido el memorando de observaciones elevado por la doctora Lucero Jiménez Jiménez el cual fue igualmente contestado por los dos en el sentido ya analizado con anterioridad y cuya conclusión fue la siguiente: “para finalizar y como respuesta a la solicitud de contar con las observaciones de esa vicepresidencia como paso previo a la suscripción de los contratos de fiducia con el respeto debido le manifestamos que no la encontramos procedente, porque la competencia de la estructuración y elaboración de los contratos está dirigida de manera restringida a las áreas comercial y jurídica.” (fl. 515 vlto. cdno no. 2 – resalta la Sala).***

De lo anterior fluye concluir que no obstante la señora Lucero Jiménez Jiménez en ejercicio de su cargo de vicepresidente de negocios expuso oportunamente la deficiencia en la estructuración del negocio fiduciario el cual representaba un grave riesgo para los inversionistas, riesgo este que a la postre conllevó al detrimento patrimonial; las vicepresidencias comercial y jurídica le contestaron que la elaboración de los contratos y la estructuración era funciones exclusivamente de estas dos últimas.

Las competencias y funciones del vicepresidente jurídico eran estas según lo documentado en el mismo fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia:

- “- Establecer directrices jurídicas generales para la estructuración de negocios fiduciarios.*
- Dirigir la elaboración de los contratos tanto de Sociedad como de Fiducia.*
- Asesorar a la Presidencia de y a las demás áreas en el trámite y solución de asuntos de carácter legal, así como coordinar con todas ellas el cumplimiento de las normas legales.” (fl. 512 cdno. no. 2).*

A su turno las funciones del vicepresidente comercial eran las siguientes:

- “- Dirigir y coordinar la investigación de mercados de los diferentes sectores económicos a fin de identificar oportunidades de negocio.*
  - Dirigir, coordinar y promover la estructura de negocios fiduciarios.*
  - Dirigir y coordinar la creación y promoción de nuevos productos fiduciarios.*
- Dirigir y controlar las labores de posventa, el monitoreo y seguimiento de las relaciones con el cliente.” (fl. 519 cdno. no. 2).*

11) De las funciones citadas se tiene que las vicepresidencias que sí tenían concreta y expresamente las funciones de estructurar los negocios fiduciarios eran la comercial y la jurídica mas no la vicepresidencia de negocios que, entre otras cosas, alertó, objetó y cuestionó las falencias que la tipología contractual de fiducia mercantil como fuente de pago representaba para los inversionistas, y concretamente por el negocio al que se refieren los hechos de esta controversia.

12) En conclusión, es pertinente precisar entonces que la señora Lucero Jiménez Jiménez en su condición de vicepresidente de negocios no participó en la negociación con el municipio de Villavicencio, así como tampoco diseño, estructuró ni autorizó una tipología contractual que representara graves riesgos para los inversionistas, riesgos que fueron la causa del detrimento patrimonial según los actos administrativos proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal, *contrario sensu* la demandante expuso y advirtió oportunamente sus objeciones sobre esos negocios, sin que fueran atendidos por los empleados que sí estructuraron el negocio y que sí tenían la potestad de realizar modificaciones a los contratos previamente a la inversión de los recursos por parte del municipio de Villavicencio.

13) Así las cosas, se evidencia que existió una falsa motivación de los actos administrativos en ese sentido puesto que es claro que la señora Lucero Jiménez Jimenez no participó en la estructuración de negocio fiduciario, por el contrario cumplió su función de ejecutarlo pero en cumplimiento de las órdenes y directrices de las instancias de decisión competentes.

14) Resta entonces analizar la motivación de los actos demandados respecto de la segunda imputación hecha por la Contraloría General de la República, esto es, que la señora Lucero Jiménez Jiménez como vicepresidente de negocios permitió el ingreso de los recursos provenientes del municipio de Villavicencio y sin indagar el origen de los mismos.

Respecto de dicha acusación es necesario advertir y precisar lo siguiente:

a) La Contraloría General de la República declaró fiscalmente responsable a la señora Lucero Jiménez Jiménez por no haber adoptado medida alguna en relación a impedir la inversión de los dineros públicos a la fiducia, en efecto el ente de control en el fallo de responsabilidad fiscal imputó lo siguiente:

*“Permitió entonces con su conducta la doctora **Lucero Jiménez** que el contrato de fiducia mercantil fuera utilizado como instrumento para la realización de operaciones que directamente el fideicomitente no podría realizar, como el recibir dineros públicos a través de una cesión de derechos de beneficio inexistente, en la que el ente territorial colocó recursos de la educación (sic) en manos de una empresa particular violando lo dispuesto en la Ley 819 de 2003. **Ahora, el que por parte de la Vicepresidencia Comercial y Jurídica se le haya informado acerca de la supuesta independencia entre las ofertas de cesión y el contrato de fiducia, no es excusa válida para no haber adoptado medida alguna en relación a impedir la inversión de los dineros públicos, toda vez que si la funcionarla se percató oportunamente de su improcedencia, conforme a los deberes de su cargo, ha debido oponerse al ingreso de ellos, oposición para la que contaba con toda facultad dado su cargo de Vicepresidente de Negocios Fiduciarios.**” (fl. 511 vlto. cdno. ppal.).*

Sobre el anterior acto administrativo la Contraloría General de la República resolvió el respectivo recurso de apelación con la siguiente motivación:

*“De los anteriores referentes funcionales se observa la existencia clara del deber de control y seguimiento que de los negocios fiduciarios debía realizar la señora **LECERO JIMÉNEZ**, sin embargo, es claro que esta funcionaria no efectuó dicha función sobre los negocios directamente ni sobre el personal que estaba a su cargo , contribuyendo de esta forma al daño ocasionado, pues, definitivamente una afortunada gestión de su área hubiese impedido el ingreso de recursos públicos del municipio de Villavicencio, evitando de esta forma la concreción del daño. (...).”(fl. 584 cdno. ppal. – mayúsculas del texto original y negrillas de la Sala).*

b) El origen de los recursos invertidos fue claro para Fiduagraria desde un comienzo, pues, así se deducía del contrato de oferta de cesión de beneficios con pacto de readquisición no. 080 suscrito por la sociedad D&PE SA y aceptado por el municipio de Villavicencio por valor de \$1.000.000.000, el cual fue allegado a Fiduagraria como administrador del fideicomiso.

En cumplimiento de las cláusulas de los contratos fiduciarios y de oferta de cesión de beneficios Fiduagraria expidió una certificación el 2 de octubre de 2007 en favor del municipio de Villavicencio en la que constaba que D&PE había constituido el patrimonio autónomo Consorcio Carbonero (fideicomiso) cuyos derechos había cedido al ente territorial y, que D&PE estaba obligado a readquirir los derechos

cedidos pagando el 27 de diciembre de 2007 un total de \$1.029.557.559 (fl. 638 exp. Administrativo - carpeta 11 - fls. 126 y 127 medio magnético), es decir el valor de la inversión más los intereses.

En ese orden de ideas el origen de los recursos desde un comienzo, esto es, antes de la celebración del contrato y después en el inicio de ejecución, quedó plenamente establecido en el sentido de que eran recursos del municipio de Villavicencio producto de un contrato celebrado entre dicho ente territorial y la sociedad D&PE.

c) Ahora bien, frente al cuestionamiento de que los recursos del municipio de Villavicencio provenían de regalías y tenían una destinación específica en este caso para el sector salud, el artículo 17 de la Ley 819 dispone:

**“Artículo 17. Colocación de excedentes de liquidez.** Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

**Parágrafo.** Las Entidades Territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la presente ley.”

Se reitera que las funciones de la vicepresidente de negocios de Fiduagraria eran estas:

*“Coordinar, gestionar y controlar la ejecución de las acciones necesarias para la implementación y desarrollo de los negocios que se le encomiendan al área.*

*Controlar, evaluar y hacer seguimiento a las acciones ejecutadas por el grupo de negocios (directores y ejecutivos).*

*Dirigir y coordinar el desarrollo de estrategias definidas en los planes, políticas y directrices de la Fiduagraria.*

*Plantear nuevas alternativas de negocios a los clientes existentes.”* (fls. 510 cdno. no. 2).

Dentro de las funciones de la vicepresidente de negocios no estaba la función de investigar el origen de los recursos.

d) Aunado a lo anterior y más importante aún, la obligación de investigar el origen de los recursos es una actividad reglada por la Superintendencia Financiera, de manera que tanto Fiduagraria como sus empleados estaban obligados a investigar el origen de los recursos bajo unas normas específicas, esto es, la Circular Externa no. 034 de 2004 (circular vigente para la época de los hechos) en la cual se establecerían varios controles para el manejo de recursos, reglas relativas a la prevención y control de lavado de activos y, de manera especial, los procedimientos para el conocimiento de los inversionistas, deberes que estaban fundamentalmente en cabeza de la junta directiva, y de las vicepresidencias jurídica y comercial de

Fiduagraria SA y no precisamente de la vicepresidencia de negocios quien, simplemente debió ejecutar lo ya acordado y contratado por aquellas y a pesar de las advertencias y reparos de esta otra vicepresidencia.

Debe repararse igualmente en el hecho de que la mencionada Circular Externa no. 034 de 2004 de la Superintendencia Bancaria (ahora Superintendencia Financiera) no contenía ninguna normatividad acerca del control de los recursos públicos producto de regalías de que trata el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, por lo tanto para la época en que se desarrolló la inversión por parte del municipio de Villavicencio (años 2006 y 2007) no había obligación para las fiduciarias y demás entidades financieras vigiladas de ejercer un control de legalidad sobre las inversiones que se realizaran con dichos recursos, así como tampoco les estaba permitido negarse o impedir la ejecución de los contratos.

Los fundamentos que permiten llegar a la anterior conclusión son las siguientes:

La Procuraría General de la Nación adelantó una investigación disciplinaria en contra de la señora Lucero Jiménez Jiménez con base en hechos similares que dieron lugar a la sanción fiscal por parte de la Contraloría General de la República, empero la Procuraduría dispuso la terminación de la investigación por considerar que la señora Lucero Jiménez Jiménez, entre otros empleados de Fidagraria, no incumplió la obligación de indagar sobre el origen de los recursos y que por el contrario su conducta no fue pasiva, caprichosa o alejada de las indicaciones que institucionalmente se le dieron en su oportunidad.

En efecto, la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública a través de auto del 14 de enero de 2011 decidió terminar la investigación con fundamento, entre otras pruebas, en un explícito oficio de la Superintendencia Financiera en el que se informa que para el año 2006 no se había impartido ninguna instrucción acerca del cumplimiento del artículo 17 de la Ley 819 de 2003 relacionada sobre la inversión de excedentes de regalías por parte de entes territoriales, la motivación del acto administrativo citado fue la siguiente:

*“Era tan complejo el asunto que la Junta Directiva fue informada tal como aparece en el acta ordinaria del 29 de agosto de 2006 donde en el numeral 7 se anuncia que “La doctora MARÍA FERNANDA ZUÑIGA enteró a la junta directiva de las debilidades detectadas en el contrato de la referencia – Celebrado con Green Montain Consulting SA., negocio que se formalizó con la deficiencia en la revisión y análisis de la documentación relativo al conocimiento del cliente ... **Señaló la señora presidente, que el esquema contractual de este fideicomiso genera riesgo par (sic) los terceros que celebren operaciones con el Fideicomitente, pero que el clausulado del mismo le brinda a estas personas la suficiente información sobre la operación en que pretende incursionar, por lo que son ellos los responsables de evaluar cuidadosamente su participación en el negocio sin que se comprometa la fiduciaria si cumple cuidadosamente las obligaciones”.***

*También es cierto que la Ejecutiva de cuentas SANDRA VELEZ TANUUS solicitó orientación el 9 de octubre de 2006 a la Vicepresidencia Jurídica acerca precisamente de los ingresos que se venían recibiendo en varios patrimonios autónomos, y la certificación que se venía expidiendo, la firmada por la Vicepresidencia de Negocios Fiduciarios (Folio 182 del anexo), ante lo que se le indicó el 13 de octubre como conducta a seguir “Se debe recordar que la cesión de derechos de beneficio con pacto de*

readquisición circunscriben su órbita de aplicación exclusivamente a las partes que la celebran, dentro de las cuales no se encuentra esta Fiduciaria... En cuanto a la certificación que se expide con destino a los inversionistas, si las condiciones de la oferta de cesión no cambia, no vemos la necesidad de modificar este documento".

El 7 de noviembre de 2006 se había planteado por el área a cargo de la Vicepresidente de Negocios Fiduciarios en asocio con el Gerente Nación de Gestión Fiduciaria y la Ejecutiva de Cuentas le plantean al Vicepresidente Jurídico y al Vicepresidente Comercial además de la necesidad de modificar las minutas del contrato de fiducia que se precise los alcances de la cláusula que establece "Para estos efectos y con el propósito de evitar que el negocio fiduciario sea utilizado como medio para la realización de operaciones prohibidas, la Fiduciaria previo al registro enunciado, verificará la documentación de cada INVERSIONISTA así como la procedencia de los recursos entregados al fideicomiso" y en particular indagó "Cómo se verifica la procedencia de recursos entregados cuando se trate de entidades territoriales?

Inquietudes que fueron atendidas mediante memorando del 20 de noviembre de 2006 por las Vicepresidencias Jurídica y Comercial indicando: "Operaciones prohibidas son todas aquellas que no se pueden realizar a través de un negocio fiduciario, bien sea porque chocan con la normatividad del SIPLA o porque el Fideicomitente no tiene la capacidad para celebrarlas, es importante recordar que los negocios fiduciarios no pueden servir de instrumentos para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente.

En lo que tiene que ver con los interrogantes relacionados con entidades estatales no los encontramos procedentes de una parte, porque las normas del SIPLA especifican las reglas que se deben aplicar a esta clases de instituciones y de la otra, puesto que las ofertas de cesión son pacto de readquisición son negociaciones ajenas a la Fiduciaria, aspecto que limita un pronunciamiento de su legalidad.

Para finalizar y como respuesta a la solicitud de contar con las observaciones de esa Vicepresidencia como paso previo a la suscripción de los contratos de fiducia, con el respeto debido le manifestamos que no la encontramos procedente porque la competencia de la estructuración y elaboración de los contratos está asignada de manera restringida a las Áreas Comercial y Jurídica"

Luego, la conducta de la doctora LUCERO JIMÉNEZ JIMÉNEZ en materia alguna fue pasiva, caprichosa o alejada de las indicaciones que institucionalmente se le dieron en su oportunidad.

Así la posición de la Sala sobre la ausencia de obligatoriedad de vigilar el cumplimiento encuentra aval en la respuesta dada a esta Delegada por parte de al (sic) **Superintendencia Financiera de Colombia y que reposa a folio 307 y subsiguientes del expediente disciplinario donde anuncia que para el año 2006 no se había impartido ninguna instrucción acerca del cumplimiento por parte de las Entidades Financieras de la vigencia de la Ley 819.**

Luego si la presidenta de la Fiduagraria que era la responsable de coordinar las áreas que resultaron comprometidas (Vicepresidente de Negocios Fiduciarios, Vicepresidente Jurídico, Vicepresidente Comercial), a cuenta de la participación de los recursos provenientes de excedentes de regalías

*de una entidad territorial no le fue asignada responsabilidad por falta de coordinación de las mismas, **menos aún podríamos endilgar responsabilidad a una persona que puso en evidencia la dificultad, solicitó orientación y se le indicó institucionalmente que debía continuar con las certificaciones y que no requería acción adicional, para cerrar con la estocada que a su área no le correspondía efectuar, aprobar la estructuración de los contratos como lo indica la última de las comunicaciones citada.***” (fl. 638 expediente administrativo – carpeta 17 disco compacto – folios 159 a 168. – negrillas de la Sala).

e) Como corolario de las consideraciones de la Procuraduría General de la Nación se tiene que las sociedades fiduciarias como entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera que captan dinero del público tienen la obligación de indagar el origen de los recursos, y para ello deben implementar un sistema integral para la prevención y control de lavado de activos (SIPLA) el cual está regulado por la mencionada superintendencia.

En esa perspectiva la Superintendencia Bancaria expidió la Circular Externa no. 034 de 2004 (circular vigente para la época de los hechos) por la cual se establecían las reglas relativas a la prevención y control de lavado de activos y, de manera especial los procedimientos para el conocimiento de los inversionistas; dentro de dicha normatividad se establecían en el numeral 2.3.1.1.4 las siguientes excepciones:

*“2.3.1.1.4. Excepciones a la obligación de diligenciar el formulario de vinculación de clientes y de realizar entrevista. **En el desarrollo de los procedimientos de conocimiento del cliente, las entidades vigiladas no están obligadas a obtener el formulario de vinculación ni a realizarle entrevista al potencial cliente cuando quiera que se trate de alguna de las siguientes operaciones, productos o servicios:***

***d. Operaciones realizadas con entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, salvo las realizadas con empresas industriales y comerciales del Estado y/o sociedades de economía mixta que no estén vigiladas por la SBC.***” (resalta la Sala).

Adicionalmente, tal como lo expuso la Procuraduría General de la Nación, la citada normatividad no contenía disposición alguna respecto de las operaciones de inversión de entidades territoriales de que tratan la Ley 819 de 2003, por consiguiente no es posible atribuirle una omisión a la vicepresidente de negocios de Fiduagraria de control de inversiones del municipio de Villavicencio a la que reglamentaria y contractualmente no estaba obligada, máxime cuando esta función estaba en cabeza de la ejecutiva comercial tal como antes se analizó.

La Superintendencia Financiera dispuso de normas especiales relativas a operaciones fiduciarias, específicamente en lo relacionado con los controles en las inversiones de liquidez de entidades territoriales solo a partir del año 2008 a través de la Circular Externa 046 en los siguientes términos:

*“**En todo caso, el régimen de inversiones de los excedentes de los establecimientos públicos del orden nacional y de las entidades estatales del orden nacional, de las empresas industriales y comerciales del estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta son régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, dedicadas a actividades***

no financieras y asimiladas a estas, de las entidades territoriales y la entidades descentralizadas del orden territorial de las sociedades de economía mixta con participación pública inferior al 90 % de su capital, las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, así como aquellas con participación directa o indirecta del estado superior al 50% de su capital y de los organismos autónomos, **se regirán por lo dispuesto en el Decreto 1525 de 2008 y de las normas que lo adiciones o modifiquen.**” (negrilla de la Sala).

A su turno el Decreto 1525 de 2008 preceptúa:

**“Artículo 49.** *En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, las entidades a que hace referencia el presente capítulo deberán invertir sus excedentes de liquidez, así:*

*i) En Títulos de Tesorería TES, Clase "B", tasa fija o indexados a la UVR, del mercado primario directamente ante la DGCPTN o en el mercado secundario en condiciones de mercado, y,*

*ii) En certificados de depósitos a término, depósitos en cuenta corriente, de ahorros o a término en condiciones de mercado en establecimientos bancarios vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia o en entidades con regímenes especiales contempladas en la parte décima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. (...)*

**Parágrafo 3°.** *Las sociedades fiduciarias que administren o manejen recursos públicos vinculados a contratos estatales y/o excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas a través de fiducia pública deben sujetarse a lo previsto en el inciso único y los parágrafos 1° y 2° del presente artículo. Cuando dichas sociedades administren excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas deberán además contar con la máxima calificación vigente en fortaleza o calidad en la administración de portafolio según la escala de la sociedad calificadoras que la otorga y que la misma esté vigente.* (negrillas fuera de texto).

Es claro entonces que para la época en que el municipio de Villavicencio invirtió los recursos no existía reglamentación que exigirá a Fiduagraria realizar un control sobre la legalidad de las inversiones con recursos de regalías, dicha obligación nació con posterioridad con la expedición de la Circular Externa 046 de 2008.

f) Así las cosas, también existió falsa motivación de los actos administrativos acusados en consideración a que se endilgó responsabilidad fiscal a la señora Lucero Jiménez Jiménez en ejercicio del cargo de vicepresidente de negocios por *“haber permitido el ingreso de los recursos”* del municipio de Villavicencio, cuando lo cierto es que en ejercicio de su función de controlar la ejecución de los contratos no tenía la obligación de verificar la legalidad de las inversiones de que trata el artículo 17 de la Ley 819 de 2003 porque la normatividad vigente no lo prescribía, por el contrario dicha normatividad contemplaba excepción sobre los controles por ser recursos públicos de un ente territorial.

## 2.2 Conclusión general

En tales condiciones se encuentra probado que los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación por cuanto se declaró fiscalmente responsable a la señora Lucero Jiménez Jiménez en su condición de vicepresidente de negocios de Fiduagraria SA atribuyéndole funciones y responsabilidades que no le correspondían, razón por la cual debe accederse a la pretensión principal de declaración de nulidad de los actos demandados en cuanto se refiere a la sanción fiscal en ellos impuesta a la señora Lucero Jiménez Jiménez.

### **2.3 Los otros cargos de nulidad formulados en la demanda**

Ante la prosperidad del cargo de nulidad antes analizado, por economía procesal y sustracción de materia no hay lugar a pronunciarse respecto de los otros motivos de censura expuestos por la parte actora en la demanda.

### **3. Restablecimiento del derecho**

La parte actora solicitó como pretensiones consecuenciales a la declaración de nulidad de los actos acusados únicamente el reconocimiento de los que llamó daños morales y a la salud por valor de 100 salarios mínimos mensuales vigentes cada uno y la exclusión del boletín de responsables fiscales, sin que en ningún momento pretendiera el reconocimiento de otro tipo de perjuicios.

1) Frente a la pretensión de reconocimiento de daños inmateriales se considera lo siguiente:

La reparación del denominado perjuicio moral tiene fundamento en el dolor o padecimiento de carácter sentimental o sufrimiento espiritual, congoja o tristeza que experimenta la víctima como consecuencia del daño a ella irrogado, el cual bien puede concretarse en la víctima directa del daño pero igualmente también en otro tipo de personas como sus familiares y demás personas allegadas, en este caso con ocasión de la expedición y ejecución de los actos administrativos declarados nulos.

Por su parte, el llamado el daño a la salud comprende corresponde al menoscabo o deterioro del estado de sanidad de la víctima tanto en la esfera física como en la psicológica, modalidad de perjuicio esta acogida en forma autónoma e independiente del perjuicio moral y del daño a la vida en relación esto es, como un ítem o rubro separado y diferente de perjuicio inmaterial en sentencia de unificación jurisprudencial de 14 de septiembre de 2011 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 2007-00139-01 (38222), CP Enrique Gil Botero.

Ahora bien, es importante poner de presente que el perjuicio para ser susceptible de indemnización debe tener tres precisas e ineludibles condiciones, a saber: a) *cierto*, es decir que debe tener una necesaria correspondencia con el mundo de los hechos, en otros términos, debe ser real y no simplemente una mera especulación o eventualidad; b) *personal*, vale decir que debe recaer o concretarse en alguien debidamente identificado y por tanto cada persona o experimenta su propio perjuicio y, c) *cuantificable*, en el sentido de que debe ser susceptible de valoración o determinación patrimonial para efectos de indemnización.

Por manera que incumbía a la parte actora acreditar la causación de los perjuicios inmateriales por ella reclamados a través de los medios de prueba pertinentes, idóneos y suficientes sobre el particular tal como lo prevé el artículo 166 del Código General del Proceso<sup>2</sup> que al respecto establece:

**“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*

En el *sub judice* la parte actora se limitó a pretender la indemnización de daños morales y daño a la salud sin explicar las condiciones en que estos presuntamente se produjeron y, mucho menos sin aportar las pruebas pertinentes para demostrar la existencia de aquellos, por consiguiente se hace imperioso negar tales pretensiones.

Al respecto es oportuno tener presente que el Consejo de Estado<sup>3</sup> ha decantado que la parte demandante tiene la carga de la prueba de los daños antijurídicos cuya indemnización pretenda, en los siguientes términos:

*“La Sala advierte que la parte actora no aportó pruebas ni desplegó actividad alguna tendiente a que se allegaran los medios de prueba necesarios para determinar la existencia del daño antijurídico alegado en la demanda, es decir que no asumió la carga probatoria que le correspondía, toda vez que -se reitera-, no allegó al proceso oportunamente prueba idónea y eficaz dirigida a demostrar el daño antijurídico por cuya indemnización demandó, esto es no acreditó que hubiera continuado explotando el establecimiento de comercio denominado “Aparcadero Yacaré”, luego de vencido el plazo del contrato -el 26 de julio de 2000-. No puede olvidarse que la carga de la prueba es una regla de nuestro derecho probatorio consagrada en el artículo 177 del C. de P. Civil, de acuerdo con el cual “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen... ”; dicho en otras palabras: para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones.”*

De conformidad con la directriz jurisprudencial citada se reitera que no es jurídicamente viable acceder a las pretensiones de reconocimiento de indemnización por perjuicios morales y daño a la salud porque no fueron explicados

---

<sup>2</sup> Norma esta aplicable a los procesos contenciosos administrativos en razón de la remisión legal expresa especial contenida en el artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con la regla de remisión legal de carácter general también prevista en el artículo 306 de ese mismo cuerpo legal.

<sup>3</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, CP Hernan Andrade Rincon, sentencia de 28 de enero de 2015, radicación 25000-23-26-000-2001-00465-01(28937).

en la demanda, así como tampoco existen en el expediente pruebas pertinentes que demuestren la causación de tales precisos aspectos de la controversia.

2) Finalmente, la parte actora solicitó que se ordene a la Contraloría General de la Nación se retire a la señora Lucero Jiménez Jiménez del boletín de responsables fiscales.

Al respecto la Sala considera procedente acceder a la anterior pretensión en consideración a que la declaración de nulidad del acto que declaró fiscalmente responsable a la señora Lucero Jiménez Jiménez conlleva necesariamente a que se elimine cualquier registro de responsabilidad fiscal, claro está, únicamente en lo referente al proceso de responsabilidad fiscal no. CD 000201.

Por último, ante la prosperidad de la pretensión principal de la demanda por sustracción de materia no hay lugar a examinar el mérito de las súplicas formuladas de modo subsidiario.

#### **4. Efectos de la sentencia**

Es fundamental señalar que en el presente proceso de nulidad y restablecimiento del derecho demandó exclusivamente la señora Lucero Jiménez Jiménez, por tal razón es perentorio aclarar que la declaración de nulidad solo beneficiará a la aquí demandante, sin que sea admisible extender sus efectos en beneficio de quienes fueron declarados fiscalmente responsables pero que no participaron del proceso, en aplicación del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 que sobre el particular dispone:

**“ARTÍCULO 189. EFECTOS DE LA SENTENCIA.** *La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.*

*La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada.*

*Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.*

*Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios. Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.*

*La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.*

**La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.**

*Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.” (negrilla de la Sala).*

Por consiguiente la nulidad de los actos administrativos demandados contenidos en el fallo con responsabilidad fiscal no. 00074 de 31 de enero de 2013, en el auto no. 001072 de 28 de junio de 2010 por el cual se resolvió el recurso de reposición y en el fallo no. 0052 de 21 de octubre de 2003 a través del cual se resolvió el recurso de apelación y se surtió el grado de consulta expedidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal no. CD 000201 adelantado por la Contraloría General de la República cobijará únicamente a la señora Lucero Jiménez Jiménez.

### **5. Condena en costas**

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del proceso, en el presente evento hay lugar a condenar en costas causadas en esta instancia a la parte demandada en la condición de parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **F A L L A :**

**1°) Declárase** la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en el fallo con responsabilidad fiscal no. 00074 de 31 de enero de 2013, en el auto no. 001072 de 28 de junio de 2010 por el cual se resolvió el recurso de reposición y en el fallo no. 0052 de 21 de octubre de 2003 a través del cual se resolvió el recurso de apelación y su surtió un grado de consulta, expedidos por la Contraloría General de la República dentro del proceso de responsabilidad fiscal no. CD 000201, en cuanto en ellas se declaró fiscalmente responsable a la señora Lucero Jiménez Jiménez.

**2°)** A título de restablecimiento del derecho **ordénase** a la Contraloría General de la República eliminar cualquier registro donde aparezca la señora Lucero Jiménez Jiménez como responsable fiscal, únicamente en lo referente al proceso de responsabilidad fiscal no. CD 000201.

**3°) Deniéganse** las demás pretensiones de la demanda.

**4°) Condénase** en costas de esta instancia procesal a la parte demandada; **liquídense** por la Secretaría de conformidad con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General de proceso.

**5°) Devuélvase** a la parte actora el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

*Expediente 250002341000-2014-01514-00*

*Actor: Lucero Jiménez Jiménez*

*Nulidad y restablecimiento del derecho*

**6º) Reconócese** personería jurídica para actuar en el proceso de la referencia al doctor Álvaro David Tovar Rodríguez como apoderado de la Nación – Contraloría General de la República en los términos del poder a él conferido visible en el folio 491 del cuaderno principal no. 2 del expediente.

**7º) Notifíquese** esta providencia en los términos establecidos en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**8º) Ejecutoriada** esta providencia **archívese** el expediente previas las constancias secretariales de rigor.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta no.

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Magistrado

**MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN**  
Magistrado

**ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS**  
Magistrado