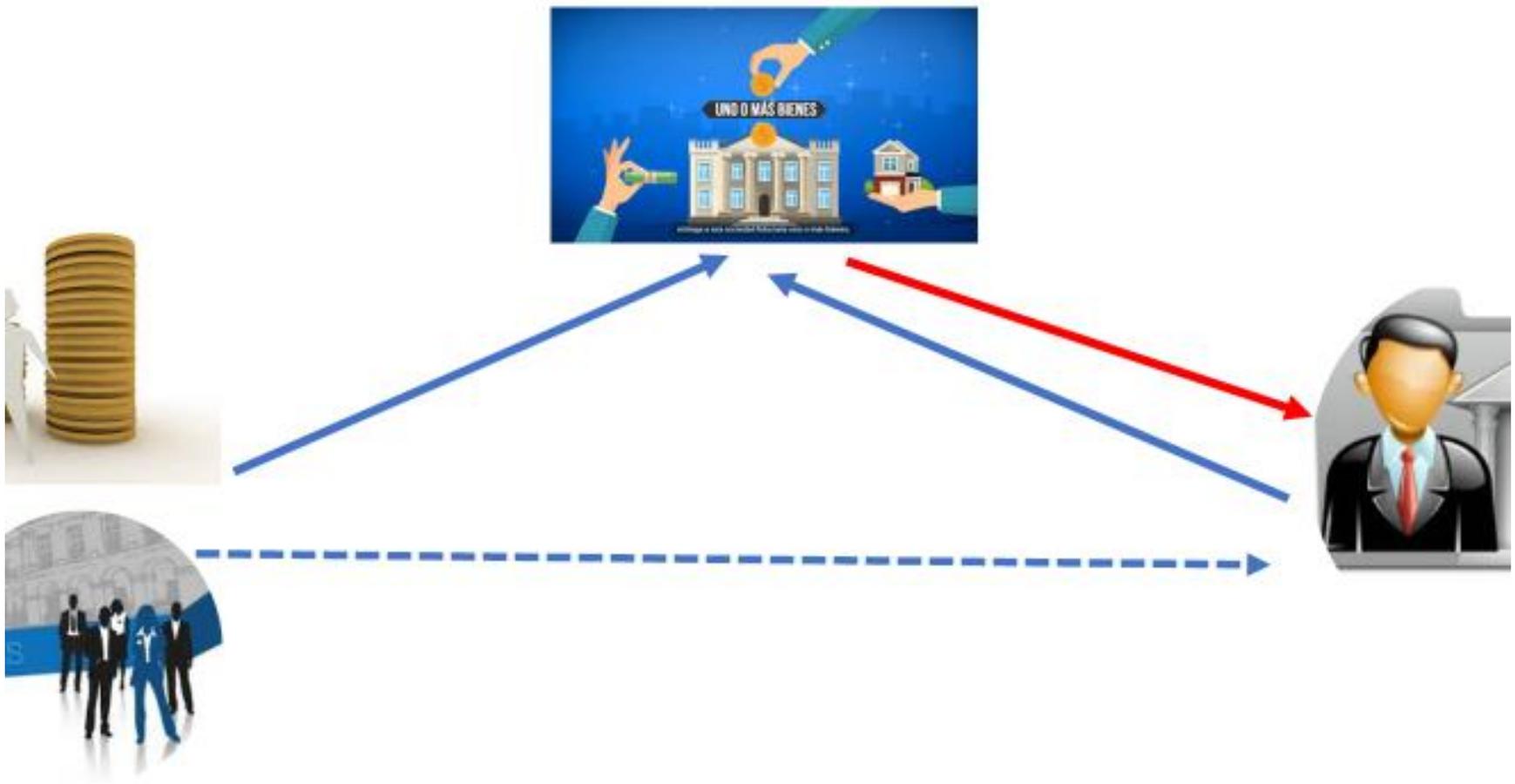


# **LA RESPONSABILIDAD FISCAL SE APLICÓ AL ENCARGADO DE LA ESTRUCTURACIÓN DE UN NEGOCIO FIDUCIARIO QUE RESULTÓ FALLIDO**

**Stella Villegas de Osorio  
Jorge Eduardo Peña**

Octubre 20 del 2017

# **EL CASO PLANTEADO**



# ANTECEDENTE



El fallo de la Autoridad de control fiscal estableció que el Vicepresidente Comercial de una Sociedad Fiduciaria, en desarrollo de sus funciones participó junto con otros funcionarios del área comercial, en los procedimientos de “**estructuración y presentación de una propuesta**” y “**perfeccionamiento y entrega de un negocio**”, para la suscripción de un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, bajo un esquema contractual aprobado por dicha Vicepresidencia.

Que el negocio fiduciario tenía por objeto servir de **fuentes de pago de las obligaciones que adquiriera un Fideicomitente privado con el Inversionista Beneficiario que era una entidad estatal territorial, bajo el esquema de una denominada “Ofertas de Cesión de Derechos de Beneficio con Pacto de Readquisición”**.



## LOS HECHOS

El ente territorial se convirtió en **Inversionista Beneficiario**

El Vicepresidente conoció que al Patrimonio Autónomo **ingresaron dineros de la Entidad Territorial**.

Los dineros públicos fueron **consignados** en la cuenta bancaria del patrimonio autónomo.

Los dineros públicos que el Fideicomitente recibió del Departamento **no fueron recuperados**.

**ARGUMENTOS DE LA CONTRALORÍA  
GENERAL DE LA REPÚBLICA SOBRE  
EL CASO**



El Vicepresidente aun cuando **es un particular**, pero se le aplica **la calidad de gestor fiscal**.

**Por que él definió** la disponibilidad jurídica y material de los recursos públicos.

Estos hicieron tránsito al Patrimonio Autónomo que se originó en el Contrato de Fiducia Mercantil que estructuró el Vicepresidente Comercial.

El párrafo del artículo 1° del Decreto 1049 de 2006 de Colombia, que dispone que **el negocio fiduciario no puede servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales**

Y el artículo 1234 del C de Co., que consagra que es **deber** del fiduciario **realizar diligentemente** todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia.



Consideró la Contraloría que **un aspecto determinante en la consolidación del daño fue:**

La falta de estudios previos al momento de la estructuración del negocio fiduciario.

El análisis de los riesgos del negocio, para todas las partes, incluida la Fiduciaria.

Esta gestiones de acuerdo con el Manual de Funciones de la Sociedad Fiduciaria estaba a cargo del Vicepresidente Comercial.

Es **inherente** a la actividad Fiduciaria:

El análisis de los riesgos del negocio.



Las fiduciarias tienen particulares obligaciones relacionadas con:

**Los deberes de información, diligencia, profesionalismo, especialidad y previsión.**

La conducta observada por la Fiduciaria a través de su Vicepresidente fue determinante para ocasionar daño patrimonial a la Entidad territorial, en cuanto esta entidad contribuyó, más allá de su capacidad legal, para:

**Servir de receptor de los dineros públicos**, ayudando 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.



En la **etapa de estructuración**, el Vicepresidente tenía a su cargo:

La valoración de la futura operación comercial.

La naturaleza jurídica de los Inversionistas Beneficiarios y,

Los riesgos potenciales y reales que podrían correr la entidad territorial.

A la Vicepresidencia Comercial le correspondía, además:

- Costear y verificar la viabilidad del negocio y
  - Describir los pasos para que se concretaran los detalles del negocio **Estableciendo los mecanismos y controles para el comienzo y el cumplimiento efectivo de la operación.**
- El Vicepresidente accedió a que el fideicomitente privado:
  - dispusiera libremente de los recursos entregados por las entidades territoriales, sin ejercer el más mínimo control sobre su destino.

# **CONSIDERACIONES DE LOS FALLOS DEL TRIBUNAL**



## ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

En la medida en que el Vicepresidente Comercial intervino activamente en la primera fase de estructuración y presentación del negocio y **omitió el estudio de las condiciones de riesgo para los Inversionistas Beneficiarios**, fueran éstos públicos o privados, y la calidad de quienes podían acudir como tales y los alcances de la operación, es claro que **le es imputable la condición de gestor fiscal**, pues esta categoría no solo surge con ocasión de la disposición material de los recursos públicos, sino que **también opera con base en la participación en los hechos que involucran su manejo por fuera de los parámetros legales**.

Consideró que el Vicepresidente pese a tener a cargo únicamente la fase de estructuración del negocio, **no fue ajeno al conocimiento de las condiciones surgidas en la ejecución del contrato**, que posteriormente permitió concretar las ofertas señaladas.

La relación necesaria que debe existir para el surgimiento de la responsabilidad no está ausente en este caso, ya que la **omisión en el conocimiento del cliente, en la fase de estructuración**, facilitó la participación de la entidad territorial en el negocio jurídico.



Es indudable que hubo un daño al patrimonio público, en cuya configuración contribuyó la Fiduciaria y su Vicepresidente Comercial **al omitir su deber de verificar, constatar y exigir el efectivo ingreso de los recursos al Patrimonio Autónomo** por cuenta de los contratos celebrados con las cuatro empresas, en la oportunidad y en la cantidad necesaria para atender las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil.



Lo **mínimo** que se requería para estructurar el negocio Fiduciario era que los recursos que debieron ingresar al Patrimonio Autónomo por cuenta de los contratos previamente suscritos con las mencionadas empresas, **efectivamente ingresaran para que el Contrato de Fiducia Mercantil pudiera operar.**

Para que fuera sólido el negocio, era indispensable y obligatorio que el Vicepresidente Comercial, como estructurador del negocio, **hubiera realizado un estudio de dichas empresas y de los contratos cuyos recursos fueron Fideicomitidos, antes de la presentación de la propuesta de Negocio Fiduciario a las otras dependencias.**



## LA RESPONSABILIDAD DEL INVESTIGADO

El mismo Vicepresidente sostuvo que en la etapa posterior a la suscripción del Contrato de Fiducia, **solo le correspondía desarrollar los aspectos económicos del negocio**. El Tribunal consideró **que no había duda** de que el Vicepresidente debió estar al tanto de que al Patrimonio Autónomo que administraba, **no estaban ingresando los recursos necesarios para que el Fideicomitente respondiera por los dineros de la Entidad Territorial** recursos que eran públicos, puesto que pertenecían su patrimonio; Además, el Vicepresidente Comercial **no cumplió con sus funciones de monitoreo y seguimiento de las relaciones con el cliente**, por lo cual con su conducta contribuyó en la causación del daño a los recursos públicos, pertenecientes al Departamento.



## ARGUMENTO FINAL DEL TRIBUNAL

Para la Sala **es evidente el nexo causal que existió entre la conducta negligente** del actor en su calidad de Vicepresidente Comercial y el **daño al patrimonio del ente territorial**, porque las deficiencias en la etapa de reestructuración del Negocio Fiduciario según el cual era necesario que se suscribieran las Ofertas de Cesión de Derechos de Beneficio, permitieron que éstas se hubieran realizado sin los debidos soportes y respaldos económicos.



ASOFIDUCIARIAS

---