



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**

Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil veinte (2020)

<b>Referencia</b>	11001-33-31-035-2010-00188-01
<b>Sentencia</b>	SC3-20042390
<b>Acción</b>	Controversias contractuales
<b>Demandante</b>	Fiduciaria La Previsora SA
<b>Demandado</b>	Seguros Colpatria SA
<b>Tema</b>	Competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa cuando una de las partes es Fiduciaria La Previsora SA, en el marco del CCA. Prescripción de los derechos derivados del contrato de seguros. Diferencia entre caducidad y prescripción. Cláusulas "claims made" en el derecho colombiano. Reclamación como requisito para hacer efectiva la póliza de seguro.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de controversias contractuales.

**I. ANTECEDENTES.**

**1. La demanda.**

El 9 de abril de 2010 se presentó solicitud de conciliación. El 8 de julio de 2010 se adelantó la audiencia y el mismo día se emitió la correspondiente constancia.

El 9 de julio de 2010 Fiduciaria La Previsora SA presentó demanda de controversias contractuales contra Seguros Colpatria SA. Expresamente se solicitaron como pretensiones lo siguiente:

**Primera.** Que se declare que entre la compañía Seguros Colpatria SA y Fiduciaria La Previsora existió un contrato de seguro regulado por la póliza No. 8001000151, donde Fiduciaria La Previsora SA fungió como tomador, asegurado y beneficiario.

**Segunda.** Que se declare que Seguros Colpatria SA está obligada a pagar la suma que asciende a CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA MIL DIEZ PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$195'460.010,79) o la suma de dinero superior que se probare dentro del proceso, que corresponden a:

- (i) CIENTO SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$160'424.667) correspondientes al encargo fiduciario de Saravena, o la suma de dinero superior que se pruebe en el proceso.
- (ii) TREINTA Y CINCO MILLONES TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$35'035.343,79) correspondientes al encargo fiduciario del municipio de Arauquita, o la suma de dinero superior que se pruebe en el proceso.

**Tercera.** Que se condene a Seguros Colpatria SA a pagar la suma de CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA MIL DIEZ PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$195'460.010,79) o la suma de dinero superior que se probare dentro del proceso, junto con los intereses causados a partir del mes siguiente al momento de la presentación de la reclamación por primera vez por parte de Fiduprevisora, esto es, desde el diez (10) de abril de dos mil ocho (2008) o desde el día en que se demuestre que la aseguradora debió responder a la reclamación.

**Cuarta.** Que se condene en costas y agencias en derecho de la presente tramitación a la parte demandada, si llegare a oponerse a estas pretensiones.

**En cuanto a las características de la póliza adquirida por Fiduprevisora,** se indicó que el 24 de enero de 2007 Fiduprevisora tomó con Seguros Colpatria SA la póliza de seguro de manejo global bancario No. 8001000151 con los amparos de i) manejo global bancario – infidelidad; ii) predios; iii) tránsito; iv) falsificación; v) falsificación extendida; vi) moneda falsa; vii) cajillas de seguridad; y viii) crimen electrónico y por computador texto LSW983.

Dentro del amparo de manejo global bancario se incluyó el riesgo de indemnización profesional, el cual quedó disciplinado por el clausulado NMA 3000, dejándose en claro que, en cuanto a dicho riesgo, esta póliza corresponde al tipo de las de reclamos hechos o claims made.

La póliza se contrató para cubrir la vigencia comprendida entre el 21 de enero de 2007 y el 21 de mayo de 2008, teniendo en cuenta que la misma fue prorrogada a partir del 21 de enero de 2008.

**Respecto al riesgo concretado,** se dijo en la demanda que el 19 de octubre de 2005 el municipio de Saravena abrió el encargo fiduciario de administración y pagos No. 3-1-0112, cuyo objeto era la administración y realización de pagos para el desarrollo del proyecto Asociación Nueva Urbanización Mujeres Cabeza de Hogar Etapa III. El término de duración del encargo fiduciario sería de un año contado a partir de su legalización y prorrogable por escrito y mutuo acuerdo de las partes.

Por su parte, el 10 de abril de 2006 el municipio de Arauquita abrió el encargo fiduciario de administración y pagos No. 3-1-0146, cuyo objeto era la administración y realización de pagos para el desarrollo del proyecto Urbanización La Esmeralda. El término de duración del encargo fiduciario sería de nueve meses contado a partir de su legalización y prorrogable por escrito y mutuo acuerdo de las partes.

Para la construcción de las viviendas de interés social de los proyectos antes mencionados, los municipios de Saravena y Arauquita contrataron al señor Edgar Bustamante Huertas.

En el mes de octubre de 2007, FONADE envió a Fiduprevisora informes en los que se indicaba que, una vez hechas las visitas correspondientes a los proyectos, el 18 de octubre de 2007, se evidenció que la realización de pagos no correspondía teniendo en cuenta el pobre porcentaje de ejecución de las obras. Esto es, los desembolsos de los recursos de los proyectos se estaban haciendo sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por los municipios antes mencionados.

Con base en los informes de FONADE, Fiduprevisora abrió proceso disciplinario en contra del funcionario que había realizado los desembolsos y el 10 de enero de 2008 presentó denuncia ante la Fiscalía para que se adelantara la investigación penal correspondiente.

**Acerca de la exigibilidad de la póliza**, se aseguró en la demanda que Fiduprevisora ha mantenido al tanto en todo momento a la aseguradora y a su corredor de seguros, de los hechos antes relacionados, tramitando el respectivo reclamo y dando respuesta a los requerimientos solicitados.

Señaló que estos hechos se encuentran cubiertos dentro del amparo de indemnización profesional de la póliza, que fue acordado en los siguientes términos, según el anexo especial de dicho amparo:

Con sujeción a los términos de esta póliza, los aseguradores indemnizarán al asegurado por las pérdidas resultantes de actos u omisiones cometidos de buena fe (excepto a lo que se refiere a la cláusula de seguro d) que den origen a un reclamo hecho por primera vez por el reclamante en contra del asegurado durante la vigencia de la póliza, siempre y cuando ese reclamo surja de la prestación de servicios financieros por parte del asegurado a ese reclamante después de la fecha retroactiva y por:

- a) Pérdidas causadas por un acto negligente, un error o una omisión negligentes por parte de un empleado; o
- b) Pérdidas causadas por una violación negligente de confianza, (incluyendo la violación negligente de confianza constructiva), una violación negligente de la obligación fiduciaria o una violación negligente de la obligación profesional, por parte de un empleado; o
- c) Pérdidas causadas por una declaración equivocada y negligente por parte de un empleado; o
- d) Pérdidas causadas por un acto u omisión deshonesto o fraudulento por parte de un empleado; o
- e) Responsabilidad civil real o supuesta.

## **2. Actuación procesal en primera instancia.**

El 12 de julio de 2010 el presente asunto se repartió a la Subsección B de este Tribunal, al Despacho del Magistrado Leonardo Augusto Torres Calderón. El 3 de agosto de 2010 se declaró la falta de competencia por factor cuantía y se ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativos de Bogotá.

El 14 de septiembre de 2010 el proceso se repartió al Juzgado 35 Administrativo de Bogotá.

El 24 de enero de 2012 se admitió la demanda.

El 8 de marzo de 2012 se remitió el proceso al Juzgado 22 Administrativo de Descongestión de Bogotá.

El 25 de mayo de 2012 Seguros Colpatria SA contestó la demanda. Propuso como excepción la prescripción de los derechos derivados del contrato de seguros.

El 3 de diciembre de 2013 se abrió a etapa probatorio del proceso.

El 16 de diciembre de 2014 se remitió el proceso al Juzgado 21 Administrativo de Descongestión de Bogotá.

El 25 de noviembre de 2015 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

El 18 de diciembre de 2015 se remitió el proceso al Juzgado 64 Administrativo de Bogotá.

El 7 de diciembre de 2015 Fiduprevisora SA alegó de conclusión. El 3 de marzo de 2016 Seguros Colpatria SA hizo lo propio.

### **3. Sentencia de primera instancia.**

El 31 de enero de 2017, el Juzgado 64 Administrativo de Bogotá profirió sentencia en la que declaró la caducidad de la acción, negó las pretensiones de la demanda y no condenó en costas.

La juez de primera instancia indicó que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, había caducidad de la acción de controversias contractuales, en tanto el plazo de dos años para presentar la demanda debe contarse desde el día siguiente de la ocurrencia de los motivos que sirven de fundamento, lo cual en este caso ocurrió el 22 de febrero de 2008, cuando el alcalde del municipio de Arauquita solicitó a la fiduciaria que autorizara acceder a la información, pues “por hechos desconocidos Fiduprevisora entregó parte del dinero en fiducia al señor Edgar Bustamante Huertas”.

En criterio de la juez, desde tal momento Fiduprevisora tuvo conocimiento de las irregularidades presentadas dentro de su propia entidad, por lo que se encontraba legitimada para reclamar a la aseguradora el amparo de manejo global bancario suscrito en la póliza No. 8001000151 del 24 de enero de 2007 con vigencia entre el 21 de enero de 2007 y el 21 de enero de 2008, prorrogada hasta el 21 de mayo de 2008.

Así las cosas, la juez concluyó que la parte actora tenía hasta el 23 de febrero de 2010 para presentar la demanda correspondiente, por lo que, incluso, la solicitud de conciliación del 9 de abril de 2010 era extemporánea.

## **II. RECURSO DE APELACIÓN.**

### **1. El recurso.**

El 21 de febrero de 2017 el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Como fundamento de su recurso señaló que tratándose de una póliza de seguro claims made o póliza de reclamos hechos, la situación, hecho o circunstancia que pone en funcionamiento el amparo de indemnización profesional es la reclamación que presente la víctima al asegurado, la cual debe ser entendida en los términos del literal a) del numeral 4° de las definiciones de la misma sección de la póliza, como “una solicitud escrita por dinero o daños recibida por el asegurado incluyendo la notificación de una demanda o alguna otra acción similar”; lo cual solo ocurrió hasta el 10

de abril de 2008, cuando el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial solicitó a la fiduciaria reintegrar los recursos cuyo desembolso fue ordenado y realizado sin el lleno de los requisitos establecidos para el efecto.

En criterio del apelante, la petición del alcalde del municipio de Arauquita no tiene la virtualidad de constituirse como una verdadera reclamación a la luz de las normas aplicables al contrato, en tanto no se trata de una "solicitud escrita por dinero o daños", por lo que en el presente asunto no debió declararse la caducidad de la acción, en tanto la solicitud de conciliación se presentó el 9 de abril de 2010 y la demanda el 9 de julio de 2010.

El 13 de septiembre de 2017 se concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

## **2. Actuación procesal en segunda instancia.**

Recibido el expediente en esta Corporación, mediante auto del 4 de septiembre de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y el 20 de noviembre de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

**El 29 de noviembre de 2018 Seguros Colpatria SA alegó de conclusión.** Señaló que no le asistía razón al impugnante porque la responsabilidad de la fiduciaria, en el marco de los encargos fiduciarios, era exclusivamente en relación con los municipios de Saravena y Arauquita en su condición de fideicomitentes.

Resaltó que la fiduciaria tuvo conocimiento de los hechos que originaron el siniestro el 18 de octubre de 2007, conforme se indicó en el hecho 6º de la demanda, lo que permite establecer que la demanda se presentó más allá de los dos años siguientes a este momento.

También resaltó que no hay prueba de la fecha en la que la fiduciaria recibió la comunicación del Ministerio, que alegan como soporte del recurso de apelación. No obstante, indicó que en todo caso, dicha comunicación no puede constituirse como una reclamación extrajudicial a efectos de iniciar el conteo del término de caducidad, simplemente por cuanto ella proviene de quien no es la víctima del supuesto perjuicio patrimonial y por ende no está legitimada para formular pretensión resarcitoria alguna para efectos del inicio del conteo del término de caducidad.

Finalmente, indicó que también había prescripción de los derechos derivados del contrato de seguros, en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio.

**El 5 de diciembre de 2018 la parte actora presentó alegatos.** Insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

### **El Procurador no emitió concepto.**

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

### III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

#### Problema jurídico.

En atención a la argumentación del recurso de apelación, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico:

¿Debe revocarse la sentencia de primera instancia porque la acción de controversias contractuales no está caduca, en tanto el término para presentar la demanda debió contabilizarse desde la reclamación que hizo el Ministerio de Vivienda y no desde el derecho de petición que presentó el municipio de Arauquita?

En caso de no haber caducidad de la acción de controversias contractuales, ¿hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda?

#### Tesis de la Sala.

En criterio de la Sala debe confirmarse la sentencia de primera instancia en la que se negaron las pretensiones de la demanda, pero no porque hubiera operado el fenómeno de la caducidad, sino porque no se acreditaron los supuestos necesarios para hacer efectiva la mencionada póliza y, en consecuencia, ordenar a la aseguradora a pagar a la fiduciaria las sumas que ésta persigue. No se demostró que hubiera ocurrido el siniestro mencionado en la demanda.

La Sala aclara que cuando se trata de contratos de seguros, debe estudiarse la prescripción de los derechos derivados del contrato de seguros. Los contratos de seguros tienen regulación especial.

La Sala también resalta que la juez de primera instancia no tuvo en cuenta que la póliza objeto de litigio se había otorgado bajo la modalidad *claims made*, por lo que el término para presentar la demanda o para efectuar la reclamación no podía contabilizarse desde que la aseguradora tuvo noticia del supuesto siniestro, sino desde que se efectuó el reclamo correspondiente.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará la siguiente temática: (i) prescripción de los derechos derivados del contrato de seguros; (ii) cláusulas *claims made* en el derecho colombiano; y (iii) caso concreto.

### IV. CONSIDERACIONES

#### 1. Jurisdicción y competencia.

##### a. Disposiciones generales acerca de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios **originados** en la actividad de las entidades públicas.

Respecto al alcance del mencionado artículo 82, el Consejo de Estado<sup>1</sup> señaló que la jurisdicción de lo contencioso administrativo debía conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que **interveniera** una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.

#### **b. Naturaleza de Fiduciaria Previsora SA.**

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 se ocupó de definir qué entidades y organismos integrarían la Rama Ejecutiva del poder público, dentro de las cuales incluyó en el literal f, numeral 2º las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta.

A su vez, la Ley 80 de 1993 en su artículo 2º estableció que se denominaban entidades estatales, entre otras, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tuviera participación superior al 50%.

En línea con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que, en virtud del criterio orgánico, en cualquier clase de contrato en el que sea parte una entidad estatal será la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la que ejerza competencia para conocer de los litigios que se susciten en virtud de tales asuntos. Expresamente ha dicho:

De conformidad con el numeral 2, las controversias o litigios relacionados con cualquier clase de contrato, regido por el derecho administrativo o por cualquier otro derecho, donde sea parte una entidad estatal –criterio orgánico–, de aquellas a que se refiere el parágrafo del art. 104, quedan bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo; salvo las instituciones financieras públicas, cuando contraten objetos que hacen parte del giro ordinario de su negocio. En otras palabras, en este supuesto quedan comprendidas casi todas las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993, que actualmente aplican como régimen jurídico una mezcla de derecho privado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, además del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo que cada entidad pública traduce en un reglamento o manual de contratación<sup>1</sup>, cuya naturaleza de derecho administrativo queda así insinuada, porque el reglamento interno produce normas de contratación especial –distintas al derecho privado– para cada entidad. Por tanto, en este numeral quedan comprendidas las todas entidades estatales que prestan SPD, por el sólo hecho de ser públicas: i) municipios, ii) empresas oficiales y iii) empresas mixtas con capital del Estado igual o superior al 50%, iv) prestadores marginales, independientes o para uso particular, cuando tengan naturaleza pública, v) entidades estatales del régimen de transición de la Ley 142 –arts. 180 y 182–, vi) empresas industriales y comerciales del Estado regidas por la Ley 489 de 1998 que prestan SPD, vii) empresas de naturaleza estatal que ejecuten actuaciones urbanísticas y deban aplicar la Ley 142 de 1994 –art. 36<sup>1</sup>–, viii) las entidades de naturaleza estatal que actúen como operadores de SPD en el marco de los Planes Departamentales de Agua o Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento, y ix) las demás entidades que en los términos de la Ley 142 tengan naturaleza pública. En sentido contrario, las empresas privadas, las empresas privadas con participación pública –en los términos que las definió la sentencia C-736 de

---

<sup>1</sup> Radicado: 30903, M.P Enrique Gil Botero.

2007, es decir, aquellas donde existe participación estatal inferior al 50%- y las demás que en los términos de la Ley 142 tengan esa naturaleza, no quedan incluidas en este numeral<sup>2</sup> (Se destaca).

Ahora bien, resulta necesario estudiar la naturaleza jurídica de la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., a efectos de definir si la jurisdicción Contenciosa Administrativa es competente para conocer el presente proceso, en el que aquella es demandante.

La Sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., "es una Sociedad de Economía Mixta de carácter indirecto y del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y con control fiscal reglamentado por la Contraloría General de la República"<sup>3</sup>, cuyo capital público asciende al 90%.

Las Sociedades de Economía Mixta como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. es una Sociedad de Economía Mixta de carácter indirecto y de orden Nacional cuyo capital público asciende al 90%, es claro que la jurisdicción competente para conocer de las controversias y litigios derivados de su actividad es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

### **c. Jurisdicción y competencia en el caso en concreto.**

El presente litigio versa sobre un contrato de seguros suscrito entre Fiduciaria Previsora SA y Seguros Colpatria SA, por lo que, dada la naturaleza de la mencionada fiduciaria, es claro que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer del asunto por tratarse de una controversia contractual en un contrato estatal, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

## **2. Caducidad de la acción.**

Dado que la caducidad de la acción es el objeto de debate en esta instancia, la Sala estudiará el asunto en el análisis del caso en concreto, una vez se hayan relacionado los elementos materiales probatorios correspondientes y se haya construido el marco teórico necesario para resolver el problema jurídico que se propone en sede de segunda instancia.

## **3. Legitimación en la causa.**

En atención a que el contrato objeto de litigio es un contrato de seguros suscrito entre Fiduciaria La Previsora SA y Seguros Colpatria SA, los dos están legitimados en la causa. El primero por activa y el segundo por pasiva.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente (46027), M.P.: Enrique Gil Botero.

<sup>3</sup> [www.fiduprevisora.com.co/seccion/nosotros/nuestra-empresa/quienes-somos](http://www.fiduprevisora.com.co/seccion/nosotros/nuestra-empresa/quienes-somos).



## **4. Argumentación Jurídica.**

### **4.1.- Prescripción de los derechos derivados del contrato de seguros.**

La prescripción de los derechos derivados del contrato de seguro es una figura distinta a la caducidad de la acción de controversias contractuales.

Para estudiar la diferencia entre la prescripción consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio y la caducidad de la acción contractual establecida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>45</sup> se ha referido a la sentencia de la Corte Constitucional, C 574 de 14 de octubre de 1998, de la cual se han resaltado los siguientes extractos:

La caducidad está unida al concepto de plazo extintivo, es decir, al término prefijado para intentar la acción judicial, de manera que una vez transcurrido éste se produce fatalmente el resultado de extinguir dicha acción. Por ello, la caducidad debe ser objeto de pronunciamiento judicial oficioso cuando aparezca establecida dentro de la actuación procesal, aun cuando no se descarta la posibilidad de que pueda ser declarada a solicitud de parte.

(...) La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que, si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos". Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

(...) La prescripción requiere, al contrario de la caducidad, alegación de parte y, en tal virtud, no puede ser declarada de oficio por el juez. Además, puede ser objeto de suspensión frente a algunas personas dentro de ciertas circunstancias, a diferencia de la caducidad que no la admite. La prescripción es renunciable una vez ocurrida, mientras que el juez no podría jamás aceptar tal determinación de las partes con relación a la caducidad.<sup>46</sup>

Ahora bien, en torno al contrato de seguro se puede indicar que la prescripción consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a la extinción del derecho, al paso que la caducidad de la acción contractual establecida en el Código Contencioso Administrativo implica la improcedencia de la acción, por

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez sentencia de 19 de febrero de 2009, radicación número: 05001-23-31-000-2000-01720-01(24609), actor: Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, demandado: Compañía de Seguros Cóndor S.A., referencia: ejecutivo contractual - apelación sentencia.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 27 de marzo de 2014, radicación No. 250002326000200301705 01, expediente 29205, demandante: Seguros del Estado, demandado: Cámara de Representantes, acción: contractual.

<sup>6</sup> Mediante sentencia C-574 de 14 de octubre de 1998, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del inciso del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, en el cual se estableció el término de caducidad de las acciones contractuales en dos (2) años, norma que fue atacada por violación al principio de igualdad en relación con la regulación de la prescripción de las acciones civiles, cargo que no prosperó por razón de las diferencias existentes y aquí establecidas entre la prescripción y la caducidad.

manera que la prescripción constituye una defensa de carácter renunciable, al paso que la caducidad se debe tener como un presupuesto de la competencia del Juez para entrar a conocer el caso y, por lo tanto, de carácter irrenunciable.

Desde otro ángulo, la defensa con fundamento en la prescripción constituye un derecho de la parte a quien favorece, mientras que la caducidad de la acción impone una carga para la parte demandante cual es la de impetrar la acción en determinado plazo como presupuesto para poder acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así, el artículo 1081 del Código de Comercio es una disposición especial en materia de contratos de seguros, distinta a la del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para la interposición de la demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales.

Ahora, el mencionado artículo 1081 contempla la prescripción ordinaria y la extraordinaria. Sobre la diferencia entre los dos tipos de prescripción, la Corte Suprema de Justicia<sup>7</sup> ha señalado que la prescripción ordinaria, en materia del contrato de seguro, es un fenómeno que mira el aspecto meramente subjetivo, toda vez que concreta el término prescriptivo a las condiciones del sujeto que deba iniciar la acción y, además, fija como iniciación del término para contabilizarlo el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. En cambio, la extraordinaria consagra un término extintivo derivado de una situación meramente objetiva, traducida en que sólo requiere el paso del tiempo desde un momento preciso, ya indicado, y sin discriminar las personas en frente a las cuales se aplica, así se trate de incapaces, tanto que el citado artículo 1081 expresa que "correrá contra toda clase de personas".

De esa dualidad de tratamiento emergen consecuencias o efectos jurídicos sustancialmente diferentes, porque mientras la prescripción ordinaria se aplica a las personas capaces, toda vez que el término empieza a contabilizarse "desde el momento en que se tiene conciencia del derecho que da nacimiento a la acción".

El término de la prescripción extraordinaria corre, pues, desde el día del siniestro, háyase o no tenido conocimiento real o presunto de su ocurrencia, y no se suspende en ningún caso, ya que la suspensión sólo cabe en la ordinaria.

Los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (C. C., art. 2541), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquel hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria.

Una vez ocurre el riesgo asegurado surge una relación jurídica entre el damnificado y la aseguradora, y otra distinta entre el asegurado y la aseguradora, de tal manera que, sobre la ocurrencia del siniestro, en el artículo 1131 del Código de Comercio se establece:

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, Exp. No. 7498, Sentencia del 31 de julio de 2002. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; en igual sentido puede consultarse la sentencia del 19 de febrero de 2003, Exp. 6571. M.P. César Julio Valencia Copete; Sentencia del 3 de mayo de 2000. Expediente 5360. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho extremo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual corre la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde **cuando la víctima** le formule la petición judicial o extrajudicial.

De acuerdo con el artículo transcrito, en relación con los seguros de responsabilidad la prescripción de la acción transcurrirá "teniendo en cuenta la diversa posición fáctica de la víctima y el asegurado, en tanto que se dispone que "el siniestro se configura desde el momento en que acaece el hecho externo imputable al asegurado" a partir del cual corre la prescripción con respecto de la víctima (por ocurrencia), al paso que en dichos seguros el riesgo respecto al asegurado se configura "cuando la víctima formula la petición judicial o extrajudicial" (por reclamación - pólizas claims made)."<sup>8</sup>

En concordancia con lo expuesto, en el artículo 1081 del Código de Comercio se dispone:

**Art. 1081. Prescripción de Acciones.** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

**La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.**

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

**Estos términos no pueden ser modificados por las partes.**

#### **4.2.- De las cláusulas "Claims Made" en el Derecho Colombiano.**

Mediante la Ley 389 de 1997 se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que las partes en el contrato de seguro de responsabilidad civil consagren estipulaciones con el objeto de limitar en el tiempo la cobertura de una manera concreta, conocidas por la doctrina como cláusulas claims made o de "reclamación hecha".

El artículo 4º de la precitada Ley, establece:

**Art. 4o.** En el **seguro de manejo y riesgos financieros** y en el de **responsabilidad** la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

---

<sup>8</sup> Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel, El Seguro de Responsabilidad, colección textos de jurisprudencia, Centro Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, enero de 2006.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

La norma transcrita consagra dos modalidades de cláusulas claims made, la primera, posibilita que las partes estipulen un término dentro del cual las reclamaciones que se presenten por siniestros registrados durante la vigencia del seguro sean objeto de cobertura; y la segunda, prevé la posibilidad de cobertura de hechos o siniestros ocurridos con anterioridad a la iniciación de la póliza.

De manera que, la voluntad de las partes sólo se encuentra limitada en relación con el término mínimo previsto respecto de la presentación de reclamación formulada por la víctima al asegurado o a la compañía, y le respeta a las partes su libre voluntad de pactar modalidades de reclamación en vigencias fuera de las ya previstas por el ordenamiento jurídico.

Sobre el tema, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de julio de 2017, con ponencia del Magistrado Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, precisó los alcances e implicaciones de las cláusulas claims made o de reclamación hecha en los contratos de seguro, así:

(...) La solución adoptada, que buscó un equilibrio entre la necesidad de cobertura para los asegurados –integrados por los administradores de una persona jurídica, por esta misma, por sus socios e incluso terceros que pueden verse afectados- y la imposibilidad de alcanzar un pacto con una prima competitiva, fue la de permitir las denominadas cláusulas Claims made o Reclamación hecha, a través de las cuales, a bajos costos para los tomadores, es viable amparar la responsabilidad de administradores, incluso por el manejo y riesgos financieros, siempre condicionado a que dentro de la vigencia del contrato o, en su defecto, en un lapso convenido, se haga la reclamación por parte de la víctima.

(...) Luego, con independencia de los elementos requeridos para la configuración del siniestro -concebido en el precepto 1072 del estatuto mercantil como la realización del riesgo asegurado-, lo cierto es que se consagró una formalidad adicional, a efectos de que la aseguradora quede obligada a su pago, itérese, la radicación de la reclamación dentro del espacio temporal de cobertura.

**Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual.**

Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (siniestro y reclamación dentro del término específico), no admitida en el sistema tradicional de suceso dañoso imputable al asegurado, a que se refiere el precepto 1131 de la codificación mercantil, deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.

(...) Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.<sup>9</sup>

De acuerdo con lo anterior, las cláusulas claims made o de reclamación hecha, consagradas en el artículo 4º de la Ley 389 de 1997, exigen que el siniestro y la reclamación se presenten durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional establecido en el contrato de seguro, que, en todo caso, no puede ser inferior a dos años, de manera que pueden presentarse las siguientes situaciones:

- (i) Que coincidan dentro de la vigencia tanto el hecho dañoso, como la reclamación de la víctima al asegurado o la aseguradora.
- (ii) Que el hecho dañoso sea anterior a la vigencia, pero el reclamo se presente dentro de ésta.
- (iii) Que se cubran sucesos acaecidos durante la vigencia, pero el reclamo se haga por fuera de la misma, en un plazo preestablecido para notificaciones.
- (iv) El primer caso es connatural al convenio, pero los otros dos requieren de pactos expresos, claramente delimitados, cuya interpretación exige del fallador un examen estricto y restringido, que impida extender los amparos a riesgos no cubiertos o dejar por fuera aquellos que sí lo están<sup>10</sup>.

## **V. CASO CONCRETO.**

### **1.- Medios de prueba relevantes.**

Los siguientes son los elementos probatorios que se recaudaron en el presente proceso, cuya valoración resulta relevante para resolver los problemas jurídicos planteados en esta instancia:

- 1.1** Contrato de encargo fiduciario de administración y pagos No. 3-1-0112, celebrado el 19 de octubre de 2005, entre Fiduprevisora SA y el municipio de Saravena como oferente del proyecto asociación Nueva Urbanización Mujeres Cabeza de Hogar Etapa III (fl. 124 – 135, c. 1):

<sup>9</sup> Sentencia No. SC10300-2017. Radicación N° 76001-31-03-001-2001-00192-01

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, providencia No. SC 2000-01098-0118 de diciembre de 2013.

**CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO:** El presente contrato tiene por objeto constituir un encargo fiduciario irrevocable para la administración y la realización de pagos por parte de la Fiduciaria de los recursos que se le entreguen por parte del Fondo Nacional de Vivienda – Fonvivienda, para la realización del proyecto Asociación Nueva Urbanización Mujeres Cabeza de Hogar Etapa III, los cuales se discriminan en la cláusula segunda del presente contrato.

**CLÁUSULA SEGUNDA.- RECURSOS A ADMINISTRAR:** Los recursos a administrar dentro del proyecto son:

- a) Los entregados por parte de Fonvivienda en virtud de la adjudicación de subsidios (...)
- b) Recursos propios de cada beneficiario consignados en sus cuentas de ahorro programado para el desarrollo del proyecto.
- c) Los demás que aporte el fideicomitente previa confirmación de la fiduciaria.

**CLÁUSULA TERCERA.- FORMA DE PAGO:** La fiduciaria entregará al fideicomitente los recursos que hacen parte del presente encargo fiduciario de la siguiente manera:

- a) Hasta el 80% de su valor, una vez el interventor certifique el avance de obra de cada solución de vivienda o la aplicación correcta de estos recursos en las mismas, teniendo en cuenta lo siguiente:
  - a. 40% del subsidio familiar de vivienda, contra el 20% del avance de obra certificado por la interventoría.
  - b. 40% del subsidio familiar de vivienda, contra actas de avance de obra certificado
- b) El 20% restante una vez Fonvivienda autorice a la fiduciaria por escrito previo el cumplimiento por parte del fideicomitente de la totalidad de los requisitos señalados en el artículo 49 del Decreto 975 de 2004 y/o numeral 3 del artículo 11.8 de la Resolución 966 de 2004 y que son:
  - a. Copia de la escritura pública de compraventa, construcción en sitio propio o mejoramiento del inmueble descrito en la carátula de la póliza y que hace parte del proyecto de vivienda a favor del respectivo beneficiario del subsidio familiar de vivienda.
  - b. Original del certificado de libertad y tradición del inmueble objeto del contrato en el cual conste debidamente registrada la escritura mencionada.
  - c. Copia autentica del acta de recibo del inmueble que le fue vendido, construido o mejorado, de acuerdo con las condiciones que sirvieron de base a la declaratoria de elegibilidad del proyecto suscrita por parte del respectivo beneficiario del subsidio familiar de vivienda.
  - d. Certificado de existencia de la solución de vivienda, expedido por quien designe Fonvivienda.

**PARAGRAFO:** El fideicomitente instruye expresa e irrevocablemente a la fiduciaria para que en caso de que expire la vigencia del subsidio familiar de vivienda antes de la fecha prevista para realizar cualquier desembolso a aquel, dicho desembolso no

se puede realizar, quedando obligada la fiduciaria a restituir los valores no desembolsados a Fonvivienda, en el momento en que este lo requiera.

- 1.2** Contrato de encargo fiduciario de administración y pagos No. 3-1-0146, celebrado el 10 de abril de 2006, entre Fiduprevisora SA y el municipio de Arauquita como oferente del proyecto Urbanización La Esmeralda (fl. 142 – 153, c. 1):

**CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO:** El presente contrato tiene por objeto constituir un encargo fiduciario irrevocable para la administración y la realización de pagos por parte de la Fiduciaria de los recursos que se le entreguen por parte del municipio de Arauquita, el Fondo Nacional de Vivienda – Fonvivienda y/o las Cajas de Compensación y las familias beneficiarias de los subsidios, para la ejecución de las obras de urbanismo y desarrollo del proyecto de vivienda Urbanización La Esmeralda que realizará el municipio de Arauquita – Arauca, los cuales se discriminan en la cláusula segunda del presente contrato.

**CLÁUSULA SEGUNDA.- RECURSOS A ADMINISTRAR:** Los recursos a administrar dentro del proyecto son:

- a) Los entregados por parte de Fonvivienda en virtud de la adjudicación de subsidios (...)
- b) La suma de \$27'300.000 aportados por concepto de bienes y servicios aportados por la Cooperativa Asociación La Nueva Esmeralda.
- c) La suma de \$2'080.000 provenientes de recursos propios de las familias beneficiarias de los subsidios.
- d) La suma de \$41'600.000 del ahorro programado de las familias beneficiarias de los subsidios.
- e) La suma de \$4'500.000 aportados por el municipio de Arauquita – Arauca.
- f) Los demás que aporte el fideicomitente previa confirmación de la fiduciaria.

**CLÁUSULA TERCERA.- FORMA DE PAGO:** La fiduciaria sólo podrá hacer giros de recursos del subsidio al oferente, previa presentación del informe de interventoría con la certificación de recibo por parte del supervisor del proyecto delegado por la entidad otorgante. Este informe deberá ser diligenciado en los formatos oficiales para proyectos de vivienda VIS con cobro anticipado adoptados por el Fondo Nacional de Vivienda. (...) Los porcentajes para el giro de los recursos del subsidio al oferente se establecen así:

- a) Hasta el 80% de su valor, una vez el interventor certifique el avance de obra de cada solución de vivienda o la aplicación correcta de estos recursos en las mismas, teniendo en cuenta lo siguiente:
  - a. 40% del subsidio familiar de vivienda, contra el 20% del avance de obra certificado por la interventoría.
  - b. 40% del subsidio familiar de vivienda, contra actas de avance de obra certificado
- b) El 20% restante una vez Fonvivienda autorice a la fiduciaria por escrito previo el cumplimiento por parte del fideicomitente de la totalidad de los requisitos señalados en el artículo 49 del Decreto 975 de 2004 y/o numeral 3 del artículo 11.8 de la Resolución 966 de 2004 y que son:

- a. Copia de la escritura pública de compraventa, construcción en sitio propio o mejoramiento del inmueble descrito en la carátula de la póliza y que hace parte del proyecto de vivienda a favor del respectivo beneficiario del subsidio familiar de vivienda.
- b. Original del certificado de libertad y tradición del inmueble objeto del contrato en el cual conste debidamente registrada la escritura mencionada.
- c. Copia autentica del acta de recibo del inmueble que le fue vendido, construido o mejorado, de acuerdo con las condiciones que sirvieron de base a la declaratoria de elegibilidad del proyecto suscrita por parte del respectivo beneficiario del subsidio familiar de vivienda.
- d. Certificado de existencia de la solución de vivienda, expedido por quien designe Fonvivienda.

**PARAGRAFO PRIMERO:** El giro de los recursos de subsidio familiar de vivienda de la fiduciaria al oferente, solo podrá efectuarse si se certifica a la fiduciaria por parte del interventor, que el lote de terreno donde se desarrollará la solución de vivienda se encuentra urbanizado. En el evento de requerirse una verificación, el ministerio queda facultado para solicitar a la entidad competente la certificación correspondiente.

**PARAGRAFO SEGUNDO:** El fideicomitente instruye expresa e irrevocablemente a la fiduciaria para que en caso de que expire la vigencia del subsidio familiar de vivienda antes de la fecha prevista para realizar cualquier desembolso a aquel, dicho desembolso no se puede realizar, quedando obligada la fiduciaria a restituir los valores no desembolsados a Fonvivienda, en el momento en que este lo requiera.

- 1.3** Póliza de Seguro de Manejo Global Bancario otorgada por Seguros Colpatria SA desde el 21 de enero de 2007 hasta el 21 de enero de 2008 y cuyo tomador, asegurado y beneficiario es Fiduciaria La Previsora SA (fl. 98 – 103):

Objeto del seguro: pérdidas causadas por infidelidad de empleados.

Amparos contratados:	Valor asegurado
Manejo global bancario – infidelidad	180.000'000.000
Predios	180.000'000.000
Tránsito	180.000'000.000
Falsificación	180.000'000.000
Falsificación extendida	180.000'000.000
Moneda falsa	180.000'000.000
Cajillas de seguridad	180.000'000.000
Crimen electrónico y por comput.	180.000'000.000

Coberturas:

- Sección 1. Seguro Global Bancario
- Sección 2. Fraudes por computador
- Sección 3. Indemnización profesional

- 1.4** Sección C – Indemnización profesional de la póliza otorgada por Seguros Colpatria SA (fl. 158 – 195, c. 2):



ESTA ES UNA PÓLIZA DE RECLAMOS HECHOS.

(...) Con sujeción a los términos de esta póliza, los aseguradores indemnizarán al asegurado por las pérdidas resultantes de actos u omisiones cometidos de buena fe (excepto en lo que se refiere a la cláusula de seguro (d)) que den origen a un reclamo hecho por primera vez por el reclamante en contra del asegurado durante la vigencia de la póliza, siempre y cuando ese reclamo surja de la prestación de servicios financieros por parte del asegurado a ese reclamante después de la fecha retroactiva y por:

- a) Pérdidas causadas por un acto negligente, un error negligente o una omisión negligente por parte de un empleado; o
- b) Pérdidas causadas por una violación negligente de confianza (incluyendo la violación negligente de confianza constructiva), una violación negligente de la obligación fiduciaria o una violación negligente de la obligación profesional, por parte de un empleado; o
- c) Pérdidas causadas por una declaración equivocada y negligente por parte de un empleado; o
- d) Pérdidas causadas por un acto u omisión deshonesto o fraudulento por parte de un empleado; o
- e) Responsabilidad civil real o supuesta.

## **DEFINICIONES**

Cada vez que se utilicen en esta póliza:

(...) 4. "Reclamo" significa:

- a) Una solicitud escrita por dinero o daños recibida por el asegurado, incluyendo la notificación de una demanda o alguna otra acción similar; o
- b) La instauración de procesos decisorios de tipo legal, arbitral o regulador en contra del asegurado ante cualquier corte o tribunal debidamente constituido y reconocido internacionalmente que prevea el debido proceso y el derecho de apelación.

5. "Reclamante" significa cualquier parte que haga un reclamo en contra del asegurado, en la medida en que esa parte sea un cliente presente o pasado del asegurado a quien el asegurado le deba o le haya debido un deber o una obligación legal.

Cuando se haga un reclamo en contrato del asegurado por parte de:

- i) Las autoridades de servicios financieros; o
- ii) Algún cuerpo regulador equivalente o sucesor o algún gobierno u órgano gubernamental o agencia gubernamental.

Por, en nombre de, o para el beneficio de una o más partes individuales que hubieran tenido cada una, excepto para ese reclamo, legitimación procesal para instaurar ese reclamo como reclamante directamente en contra del asegurado, los términos

“reclamo” y “reclamante” según se usan en esta póliza, significarán, respectivamente, el reclamo hecho por cada una de esas partes individuales (aunque se haya hecho a través de ese cuerpo regulador u órgano gubernamental) y cada parte individual.

(...) 8. “Acto u omisión deshonesto o fraudulento” significa algún acto u omisión cometido por empleado con la intención manifiesta de obtener, y que tenga como resultado, un beneficio financiero inapropiado para ese empleado, diferente de salarios, honorarios, comisiones, bonos, promociones o algún otro emolumento al cual el empleado tenga derecho legalmente.

(...) 14. “Pérdida” significa:

- a) La responsabilidad civil del asegurado de pagar daños y/o sentencias condenatorias a un reclamante como resultado de un reclamo y esto incluirá los costos determinados en contra del asegurado en relación con ese reclamo; y
- b) Todo pago de un reclamo aprobado por los aseguradores; y
- c) Los gastos de defensa.

*Perdida* no significa y no incluye:

- a) Multas, sanciones, daños punitivos o ejemplares o daños o sentencias multiplicados (diferentes de una única suma compensatoria por daños o sentencias condenatorias antes de tal multiplicación);
- b) Las obligaciones del asegurado ni como principal ni como contraparte;
- c) Honorarios, utilidades, comisiones, costos u otros cargos pagados o por pagar por el asegurado, ni basados en, que surjan de, estén relacionados con, o involucren, directa o indirectamente, el cobro real o supuesto de honorarios, utilidades, comisiones, costos u otros cargos excesivos, no revelados o inapropiados de alguna otra manera, por parte del asegurado;
- d) Ningún asunto que sea o se considere no asegurable bajo la ley en relación con la jurisdicción que corresponda al reclamo.

**1.5** Documento realizado por Fiduprevisora: Detalle de pagos realizados en fideicomiso constituido por municipio de Saravena – Proyecto “mujeres cabeza de hogar etapa III” (fl. 63 – 65, c. 1):

**Pagos avances de obra con cargo a los subsidios de vivienda:**

<b>Fecha</b>	<b>Beneficiario</b>	<b>Valor bruto</b>	<b>Observaciones</b>
31/01/2006	Edgar Bustamante	4.700.000	No tiene informe de interventoría ni certificación de recibido por parte del supervisor
17/02/2006	Edgar Bustamante	53.000.000	No tiene informe de interventoría ni certificación de recibido por parte del supervisor

09/03/2006	Edgar Bustamante	63.500.000	No tiene informe de interventoría ni certificación de recibido por parte del supervisor
26/04/2006	Edgar Bustamante	35.000.000	No tiene informe de interventoría ni certificación de recibido por parte del supervisor
03/05/2006	Edgar Bustamante	61.000.000	No tiene informe de interventoría ni certificación de recibido por parte del supervisor
23/05/2006	Edgar Bustamante	71.500.000	Sí tiene informe de interventoría, pero falta la firma de recibido del supervisor
20/06/2006	Edgar Bustamante	35.000.000	Sí tiene informe de interventoría, pero falta la firma de recibido del supervisor
24/07/2006	Edgar Bustamante	42.500.000	Sí tiene informe de interventoría, pero falta la firma de recibido del supervisor
28/08/2006	Edgar Bustamante	9.500.000	Sí tiene informe de interventoría, pero falta la firma de recibido del supervisor
TOTAL		375.700.000	

- 1.6** Documento realizado por Fiduprevisora: Detalle de pagos realizados en fideicomiso constituido por municipio de Arauquita – Proyecto “urbanización La Esmeralda” (fl. 66 – 67, c. 1):

**Pagos avances de obra con cargo a los subsidios de vivienda:**

Fecha	Beneficiario	Valor bruto	Observaciones
18/05/2006	Edgar Bustamante	15.500.000	No tiene informe de interventoría ni certificación de recibido por parte del supervisor
11/10/2006	Edgar Bustamante	35.000.000	Sí tiene informe de interventoría, pero falta la firma de recibido del supervisor
TOTAL		50.500.000	

- 1.7** Convenio interadministrativo No. 193031 suscrito entre el Fondo Nacional de Vivienda y el Fondo Financiero de Proyectos – FONADE suscrito el 30 de diciembre de 2003 (fl. 14 – 19, c. 4):

**CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO:** FONADE se compromete a prestar los servicios gerenciales, técnicos, jurídicos, administrativos y a realizar las actividades necesarias de supervisión de los proyectos de VIS que hayan solicitado pago anticipado, asignados por el Fondo Nacional de Vivienda durante el año 2003. Esto como mecanismo de seguimiento y control de todos los recursos del subsidio familiar de vivienda, para lo cual FONADE prestará la asesoría requerida en la ejecución e interventoría de los proyectos, de tal manera que garantice la optimización de los recursos económicos, logísticos y materiales que permitan la construcción y la entrega efectiva de las viviendas a los beneficiarios de los proyectos en los tiempos y con las especificaciones previstas en la elegibilidad de los mismos.

**(...) CLÁUSULA SÉPTIMA.- DURACIÓN DEL CONVENIO:** El presente convenio tiene una duración de doce (12) meses a partir de la suscripción del acta de iniciación. Si para la terminación del plazo pactado no se ha realizado la totalidad de la legalización del subsidio en todos los proyectos, se podrá prorrogar de común acuerdo entre las partes.

- 1.8** Primera adición y prórroga al convenio interadministrativo No. 193031 suscrito entre Fonvivienda y FONADE. El plazo de ejecución se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2005 (fl. 20 – 21, c. 4).
- 1.9** Segunda adición y prórroga al convenio interadministrativo No. 193031 suscrito entre Fonvivienda y FONADE. El plazo de ejecución se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2006 (fl. 22 – 24, c. 4).
- 1.10** Tercera adición y prórroga al convenio interadministrativo No. 193031 suscrito entre Fonvivienda y FONADE. El plazo de ejecución se prorrogó hasta el 30 de junio de 2007 (fl. 25 – 27, c. 4).
- 1.11** Cuarta adición y prórroga al convenio interadministrativo No. 193031 suscrito entre Fonvivienda y FONADE. El plazo de ejecución se prorrogó hasta el 30 de septiembre de 2007 (fl. 28 – 29, c. 4).
- 1.12** Quinta adición y prórroga al convenio interadministrativo No. 193031 suscrito entre Fonvivienda y FONADE. El plazo de ejecución se prorrogó hasta el 30 de diciembre de 2007 (fl. 30 – 31, c. 4).
- 1.13** Acta del 18 de octubre de 2007 en el que consta que FONADE visitó el proyecto Asociación Nueva Urbanización Mujeres Cabeza de Hogar Etapa III, ubicado en el municipio de Saravena en el que se evidenció que el porcentaje de avance de la obra era del 68% y que el señor Edgar Bustamante no hacía presencia en el municipio hace 6 meses y había sido imposible su localización física o siquiera telefónica. La obra se encuentra paralizada (fl. 154 – 156, c. 2). Expresamente se indicó:

Nuevamente es importante recalcar sobre la observación realizada por cuenta de la anterior supervisión y que no ha sido aclarada aún, motivo por el cual esta supervisión la enuncia nuevamente y espera que sea tomada en cuenta:

“Es particularmente preocupante que el interventor ha autorizado y la fiduciaria ha efectuado pagos por valor equivalente al 73% del valor total del subsidio, sin atender el requisito de presentar a la supervisión los respectivos informes de interventoría y, por lo tanto, sin presentar la certificación que esta supervisión debe expedir contra el recibo de los informes. Para ese monto de desembolsos la ejecución certificada por el interventor debe ser superior al 90%, lo cual no corresponde al avance físico observado”. Cuando la anterior supervisión realizó esta observación el porcentaje estimado de avance de obra correspondía a menos del 56% y según lo estimado por esta supervisión el estado actual es del 68%, porcentaje que aun no alcanza el mínimo requerido para los desembolsos realizados. Es importante mencionar que esta supervisión no ha emitido certificados de recibo de informes de interventoría, documento necesario para realizar los desembolsos por parte de las fiduciarias.

- 1.14** Acta del 18 de octubre de 2007 en el que consta que FONADE visitó el proyecto Urbanización La Esmeralda, ubicado en el municipio de Arauquita en el que se evidenció que el porcentaje de avance de la obra era del 8% (fl. 157 – 159, c. 2).
- 1.15** Oficio del 8 de enero de 2020, mediante el cual el vicepresidente de administración de la fiduciaria entrega al alcalde de Arauquita el informe semestral a Diciembre 31 de 2007 del Fideicomiso 310146 (fl. 89 – 164, c. 4):

Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido contractualmente y a la Circular Jurídica Externa 07 mayo de 1996 de la Superintendencia Financiera de Colombia, gentilmente nos permitimos remitir el informe semestral a Diciembre 31 de 2007, con las principales actividades que se vienen ejecutando en desarrollo del contrato de encargo fiduciario 310146 suscrito entre municipio de Arauquita – Urbanización La Esmeralda y fiduciaria La Previsora SA. (...)

- 1.16** Petición del 20 de febrero de 2008 del alcalde de Arauquita al presidente de la fiduciaria (fl. 65 – 66, c. 4):

(...) derecho de petición (...) para solicitar y obtener acceso a la información sobre el objeto que indica en esta solicitud.

## **HECHOS**

Que el Ministerio de Vivienda y el municipio de Arauquita, constituyeron un fondo común en la Fiduprevisora, para que mediante el convenio No. 193031 de 2005 se construyera el proyecto de urbanización de vivienda de interés social de la Esmeralda.

Que por hechos desconocidos la Fiduprevisora entregó parte del dinero en fiducia al señor Edgar Bustamante Huertas.

Que el señor Bustamante, ha sido requerido en repetidas oportunidades por el municipio para que responda por los dineros entregados por la Fiduprevisora o por el cumplimiento del objeto del convenio No. 193031 de 2005, sin que éste haya respondido de alguna manera.

## **PETICIÓN**

Por lo anterior solicito a su Despacho se autorice acceder a la información sobre la autorización que el municipio expidió para que se hiciera un desembolso de dinero al señor Bustamante, el monto entregado, los aportes que se observaron en la entrega del dinero, y se ordene al funcionario respectivo para que expida la respectiva información.

## **PRUEBAS**

Para demostrar la necesidad de los documentos solicitados y la legitimación para actuar, ténganse como pruebas las que reposan en sus archivos sobre el caso y copia del acta de posesión No. 40 del 28 de enero de 2007, la cual se anexa.

### **1.17** Oficio del 10 de abril de 2008 remitido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a la fiduciaria (fl. 153 – 154, c. 1):

Fonvivienda ha recibido el informe de supervisión emitido por FONADE, entidad responsable de efectuar la supervisión administrativa y técnica de los proyectos de VIS con giro anticipado del subsidio asignado por el Gobierno Nacional en todo el país, mediante el contrato interadministrativo 193031.

Con respecto a la ejecución del proyecto VIS denominado Asociación Nueva Urbanización Mujeres Cabeza de Hogar Etapa III 2005, ubicado en el municipio de Saravena en el Departamento de Arauca, una vez revisado en contenido del informe correspondiente a la visita No. 5 de 17 de marzo de 2008, se constata que FONADE realiza, entre otras, las siguientes observaciones y recomendaciones:

“Oficiar a Fiduprevisora SA para que aclara detalladamente valor y origen de los recursos consignados en el encargo fiduciario y relación pormenorizada que incluya fecha, beneficiario y valor de los desembolsos realizados al proyecto. Además, debe explicar por qué para el reporte con corte al 31 de agosto de 2007 se registraban desembolsos por \$483.150.553 (73%) y para el 31 de diciembre de 2007 (4 meses más tarde) se registran desembolsos por \$536.028.695 (81% aproximadamente) dado que el proyecto se encuentra paralizado. También se debe solicitar que FIDUPREVISORA explique bajo qué consideraciones realizó desembolsos, sin que existiera un contrato de interventoría vigente y sin el certificado de entrega de informes de interventoría. (...)

Dada la importancia de las aclaraciones solicitadas por la supervisión ejercida por FONADE para el mencionado proyecto, atentamente, me permito solicitar a la fiduciaria se informe a esta coordinación, a la mayor brevedad posible, sobre los interrogantes que se consigan en la presente comunicación. (...)

- 1.18** Proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental de Arauca contra el señor Edgar Bustamante Huertas (contratista constructor), Alirio Ramírez Velásquez (contratista interventor) y José Edin Olivares Real (alcalde de Arauquita) (c. 5 – 7).
- 1.19** Auto No. 005 de 6 de febrero de 2012, expedido por la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental de Arauca (fl. 109 – 129, c. 7):

Se recibe en esta Gerencia Departamental, radicado 1409 de 10 de julio de 2007, copia de las observaciones de la Dirección del Sistema Habitacional del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Rural del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al informe de supervisión de FONADE, con cargo al Convenio Interadministrativo No. 193031 (FONADE – FONVIVIENDA).

Estas observaciones fueron enviadas el 25 de junio de 2007 al alcalde de Arauquita, en el que se resaltan falencias detectadas en la ejecución del proyecto de urbanización rural La Esmeralda (VIS) a desarrollar en ese municipio.

El 21 de abril de 2008, radicado 1071, esta Gerencia Departamental recibe copia del informe de observaciones al informe de supervisión de FONADE, remitida el 4 de abril de 2008 por la misma Dirección de Sistema Habitacional (Min-Ambiente) al alcalde de Arauquita, en el que se destacan las siguientes irregularidades contractuales: (...)

Para el desarrollo del proyecto, el 10 de abril de 2006, el municipio de Arauquita, representado por su alcalde José Edin Olivares (fideicomitente) celebra contrato de encargo fiduciario No. 3-1-0146, con la firma Fiduciaria La Previsora, plazo 9 meses prorrogables, cuyo objeto es la administración y realización de pagos de recursos a los oferentes, para 26 soluciones de vivienda en desarrollo del proyecto de construcción de soluciones de vivienda tipo 1 de la urbanización la Nueva Esmeralda provenientes de las siguientes fuentes (según contrato de fiducia):

FONVIVIENDA	\$195.468.000
Cooperativa Asociación La Nueva Esmeralda	\$ 27.300.000
Recursos propios de las 26 familias beneficiadas	\$ 2.080.000
Ahorro programado de aquellas	\$ 41.600.000
Municipio de Arauquita	\$ 4.500.000
<b>Total</b>	<b>\$270'948.000</b>

Previo al encargo fiduciario, mediante resolución No. 003 del 4 de enero de 2005 se designa como interventor a Alirio Ramírez Velásquez, Secretario de Planeación y Obras Públicas de Arauquita y se expide la póliza de Seguros del Estado SA No. 062000296 que ampara los recursos del subsidio para vivienda.

(...) De acuerdo al informe de rendición de cuentas semestral de Fiduprevisora SA con corte a 31 de diciembre de 2007, los recursos aportados ascienden a \$239.839.685, provenientes de ahorro programado y subsidios, de los cuales se han hecho pagos por valor de \$125.174.226, sin considerar rendimientos, ni gastos del negocio.

## **CONSIDERACIONES**

### **(...) b) De la conducta.**

(...) De la responsabilidad del señor José Edin Olivares Real, quien se desempeñó como alcalde, para la época de los hechos:

Está plenamente probador que el señor José Edin Olivares Real, actuando como representante legal del municipio de Arauquita presentó un proyecto de VIS, que fue aprobado por FINDETER el 31 de mayo de 2005. El municipio quedó como oferente y se le asignaron 26 subsidios, lo cual implicaba la responsabilidad en el manejo de los recursos del erario, de ahí la suscripción de los dos contratos de encargo fiduciario arriba mencionados. En ellos se establece que para ordenar un pago debía ser ordenado por el alcalde y el interventor designado junto con los respectivos soportes, lo cual lo hace directamente responsable de la vigilancia de los recursos del erario, pues sin su autorización la Fiduciaria no puede realizar pago alguno.

Por consiguiente, él debió celebrar un contrato de obra conforme a la normatividad y principios rectores de la ley 80 de 1993; (...) procedimiento de ley que brilla por su ausencia (...) no existe copia de algún contrato celebrado con el señor Edgar Bustamante Huertas, que tenga como objeto la construcción de las VIS en mención, lo cual es corroborado por el señor Edgar Bustamante en su versión libre. Ello implica que no haya un acta de inicio de obra, que no existe un programa de ejecución de obras, que no se le pueda aplicar unas multas por el incumplimiento reiterado en la realización de las obras, (...)

Al contrario, en lugar de seguir los postulados de la ley 80 de 1993 suscribe una unión temporal con la asociación de vivienda La Nueva Esperanza, en la cual acuerdan gestionar, promover, diseñar, construir, ejecutar, administrar y comercializar proyectos de vivienda de interés social en el municipio de Arauquita (...)

En el caso en concreto, no se entiende cómo el ordenador del gasto no tomó medidas oportunas, claras y contundentes en aras de que se cumpliera la construcción de las VIS, a pesar de tener conocimiento de los atrasos de obra y de las advertencias realizadas por FONVIVIENDA debido a los informes presentados por FONADE en el desarrollo de las obras del proyecto VIS (...)

### **Considerandos para cesar la acción fiscal a la Fiduprevisora SA**

(...) En dicho contrato se pacta el objeto, recursos a administrar, la forma de pago, el plazo, la remuneración a la Fiduprevisora, entre otras, la cual quedó obligada a girar dinero al beneficiario del encargo fiduciario, previa autorización del ordenador del gasto y del interventor del proyecto.

Atendiendo a lo pactado entre el fideicomitente y la fiduciaria, analizamos cada una de las órdenes de pago externas suscritas por el alcalde y el interventor del proyecto, en las cuales ordenaban a la fiduciaria cancelar obligaciones adquiridas en el desarrollo de la construcción de las viviendas con cargo a los recursos del fideicomiso. De otra parte, se aprecia que los pagos tienen relación directa con el



proyecto en ejecución, pues se liquidan pagos de cemento, carpintería metálica y mano de obra, entre otras.

Ahora, el 28 de mayo de 2006 el alcalde, en cumplimiento del contrato fiduciario, suscribe certificación que el constructor es el señor Edgar Bustamante Huertas.

**Por consiguiente, podemos colegir que la fiduciaria se ciñó a lo pactado en el contrato, pues en ningún momento del clausulado del contrato de encargo fiduciario se estipula que para girar un pago ordenado por el fideicomitente debería ir el visto bueno de FONADE.**

Es importante resaltar lo indicado en numeral 5º Ídem, en lo concerniente que, la fiduciaria no tiene relación alguna con la adjudicación, ni ejecución del contrato, pues el legislador estrictamente determinó que ello quedaba en cabeza de las entidades públicas, de ahí que no se le pueda responsabilizar por las deficiencias en la ejecución de un contrato, ya que aquellas sólo administran los recursos del fideicomiso, conforme a las directrices dadas por el ordenador del gasto y el interventor del contrato con sus respectivos soportes, tal como sucedió en el caso que nos ocupa, por ende no se configuraría los 3 elementos para endilgar responsabilidad fiscal consagrados en el artículo 5 de la ley 610 de 2000.

Ahora, como en el auto de apertura a proceso de responsabilidad fiscal se vinculó a la fiduciaria, siendo una sociedad de economía mixta, lo cual no sería ajustado al marco legal responsabilizarla fiscalmente, por ende, se procedió con auto 135 de 31 de mayo de 2011, para que certificaran quienes habían autorizado el pago No. 006 de fecha 02-10-2006, suscrita por el alcalde e interventor y que enviaran los soportes que tuvo en cuenta para el respectivo pago, ya que se presumía que no existía soporte alguno para realizar dicho pago y, de paso, tener certeza qué servidor público había autorizado los pagos.

Al respecto, nos informa la fiduciaria en oficio del 20 de junio de 2011, la copia de orden de pago suscrita por el alcalde y el interventor, con todos sus anexos incluyendo la liquidación del mismo y los informes presentados por la interventoría. Documentos que dan fe de que la fiduciaria ordenó el pago conforme a las estipulaciones indicadas en los contratos fiduciarios.

Así las cosas, determinamos desvincular a la fiduciaria ya que los servidores de dicha entidad ordenaron el pago conforme a lo estipulado en los contratos fiduciarios, esto es, orden de pago suscrita por el alcalde y el interventor con sus respectivos soportes tal como lo informó el gerente de negocios de Fiduprevisora SA.

(...)

### **DEL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE**

Incorporar las pólizas globales de manejo No. 1001268 expedida el 20 de febrero de 2006 hasta el 20 de febrero de 2007 y la No. 1001317 expedida el 26 de febrero de 2007, cuya vigencia es desde el 26 de febrero de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008, expedidas por La Previsora SA Compañía de Seguros, en calidad de tercero

civilmente responsable, bajo el amparo Cobertura Global de Manejo, que en la primera tiene un valor asegurado por \$50.000.000 y la segunda por \$60.000.000, las cuales cubren los perjuicios derivados del mal manejo de obligaciones contenidas en el proyecto de vivienda de interés social La Esmeralda, por parte del alcalde del municipio de Arauquita y Secretario de Planeación y Obras Públicas, quien se desempeñó como interventor.

## RESUELVE

**PRIMERO:** Imputar de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído responsabilidad fiscal para que respondan por el daño patrimonial ocasionado a los intereses patrimoniales del municipio de Arauquita – Arauca y Fonvivienda, en cuantía no indexada de \$69'006.213 al señor Edgar Bustamante Huertas (contratista constructor), Alirio Ramírez Velásquez (contratista interventor) y José Edin Olivares Real (alcalde de Arauquita).

**SEGUNDO:** Incorporar al presente auto de imputación fiscal, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído, las pólizas globales de manejo No. 1001268, expedida el 20 de febrero de 2006 hasta el 20 de febrero de 2007 y la No. 1001317 expedida el 26 de febrero de 2007, cuya vigencia es desde el 26 de febrero de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008, expedidas por La Previsora SA Compañía de Seguros, bajo el amparo de cobertura global de manejo (...)

**TERCERO:** Desvincular en consonancia con la parte motiva de este proveído a la fiduciaria La Previsora SA. (...)

**1.20** Fallo 018 de 18 de enero de 2013, proferido por la Contraloría General – Gerencia Departamental Arauca (fl. 335 – 362, c. 7):

**ARTÍCULO PRIMERO. FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL** solidaria de conformidad con el artículo 53 de la ley 610 de 2000 en contra de los enunciados en este artículo, por el daño patrimonial producido al erario con ocasión de los hechos que son objeto del proceso de responsabilidad fiscal No. 80813-251, originado por faltantes de obra encontrados dentro del proyecto de VIS denominado La Esmeralda, en el municipio de Arauquita – Arauca, según se expuso en la parte motiva de esta providencia, en cuantía de \$88.226.329, en contra de las siguientes personas:

Edgar Bustamante Huertas (...),  
Alirio Ramírez Velásquez (...)  
José Edin Olivares Real (...)

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Incorporar al presente fallo con responsabilidad fiscal, por las razones expuestas en la parte considerativa, de este proveído, las pólizas globales de manejo No. 1001268, expedida el 20 de febrero de 2006 hasta el 20 de febrero de 2007 y la No. 1001317 expedida el 26 de febrero de 2007, cuya vigencia es desde el 26 de febrero de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008, expedidas por La Previsora SA Compañía de Seguros, bajo el amparo de cobertura global de manejo (...)

La aseguradora responderá como tercero civilmente responsables por el valor de \$88.226.329 (...)

**ARTÍCULO TERCERO:** Notificar el contenido del presente fallo (...)

**ARTÍCULO CUARTO:** En firme y ejecutoriada la presente providencia, a través de Secretaría Común súrtanse los siguientes traslados y comunicaciones:

1. Remitir copia autentica del fallo al Grupo de Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Arauca para que adelante la acción correspondiente, de conformidad con el artículo 58 de la ley 610 de 2000. (...)

**1.21** Auto 00443 de 24 de mayo de 2013 por medio del cual se surtió grado de consulta y se resolvió un recurso de apelación contra el fallo antes mencionado (fl. 443 – 459, c. 7):

(...) Establecidas las cifras reales de los dos faltantes: el de obras de urbanística por \$23.435.286,46 y el de obra en la construcción de viviendas por \$16.547.842,12 al sumar estas cifras, nos arrojan la cuantía del daño al patrimonio del Estado en valor de \$39.983.128,58 sin indexación. (...)

## RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR** la cuantía que se señaló en el fallo con responsabilidad No. 018 del 18 de enero de 2013 en los artículos primero y segundo de \$88.120.934 por la de \$51.073.806,60 y **ACLARAR** el nombre del alcalde (...)

**ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR** en todas sus demás partes el fallo con responsabilidad fiscal No. 018 de 18 de enero de 2013 (...)

## **2. Precisión del caso.**

**Fiduciaria La Previsora SA presentó demanda de controversias contractuales** contra la Compañía de Seguros Colpatria SA, con el fin de que se declarara que en virtud de la póliza No. 8001000151, Seguros Colpatria estaba obligado a pagar \$195'460.010 por haber ocurrido el siniestro de indemnización profesional, el cual se había pactado bajo la modalidad Claims Made. Como fundamento de las pretensiones se indicó que los municipios de Saravena y Arauquita constituyeron fideicomisos en la fiduciaria, con el fin de administrar los recursos de dos proyectos de vivienda de interés social y que durante la vigencia de la póliza antes mencionada, con ocasión de la visita que FONADE hizo a los proyectos el 18 de octubre de 2007, se evidenció que los recursos girados no correspondían al porcentaje de ejecución de las obras y que los desembolsos se habían hecho sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por los municipios.

**La juez de primera instancia declaró que había operado el fenómeno de la caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda.** Ello porque, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, el plazo de dos años para presentar la demanda debe contarse desde el día siguiente de la ocurrencia de los motivos que sirven de fundamento, lo cual en este caso ocurrió el 22 de febrero de 2008, cuando el alcalde del municipio de Arauquita solicitó a la fiduciaria que autorizara acceder a la información, pues "por hechos desconocidos Fiduprevisora entregó parte del dinero en fiducia al señor Edgar Bustamante Huertas".

En criterio de la juez, desde tal momento Fiduprevisora tuvo conocimiento de las irregularidades presentadas dentro de su propia entidad, por lo que se encontraba legitimada para reclamar a la aseguradora el amparo de manejo global bancario suscrito en la póliza No. 8001000151 del 24 de enero de 2007 con vigencia entre el 21 de enero de 2007 y el 21 de enero de 2008, prorrogada hasta el 21 de mayo de 2008. Así las cosas, la juez concluyó que la parte actora tenía hasta el 23 de febrero de 2010 para presentar la demanda correspondiente, por lo que, incluso, la solicitud de conciliación del 9 de abril de 2010 era extemporánea.

**Contra la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación.** Señaló que, tratándose de una póliza de seguro claims made o póliza de reclamos hechos, la situación, hecho o circunstancia que pone en funcionamiento el amparo de indemnización profesional es la reclamación que presente la víctima al asegurado, la cual debe ser entendida en los términos del literal a) del numeral 4º de las definiciones de la misma sección de la póliza, como “una solicitud escrita por dinero o daños recibida por el asegurado incluyendo la notificación de una demanda o alguna otra acción similar”; lo cual solo ocurrió hasta el 10 de abril de 2008, cuando el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial solicitó a la fiduciaria reintegrar los recursos cuyo desembolso fue ordenado y realizado sin el lleno de los requisitos establecidos para el efecto.

En criterio del apelante, la petición del alcalde del municipio de Arauquita no tiene la virtualidad de constituirse como una verdadera reclamación a la luz de las normas aplicables al contrato, en tanto no se trata de una “solicitud escrita por dinero o daños”, por lo que en el presente asunto no debió declararse la caducidad de la acción, en tanto la solicitud de conciliación se presentó el 9 de abril de 2010 y la demanda el 9 de julio de 2010.

**De acuerdo con lo anterior, la Sala deberá establecer si revoca la decisión apelada,** para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, porque i) no hubo caducidad de la acción de controversias contractuales, en tanto el término debe contarse desde la reclamación que hizo el Ministerio de Vivienda y no desde el derecho de petición que presentó el municipio de Arauquita; y ii) se acreditaron los supuestos para hacer efectiva la póliza objeto de litigio.

### **3. Análisis probatorio.**

Previo a resolver el problema jurídico planteado en sede de segunda instancia, la Sala considera pertinente referirse a algunos elementos materiales probatorios que resultan fundamentales para la comprensión del caso.

#### **3.1. En cuanto a los fideicomisos en los que supuestamente ocurrió el siniestro por el que ahora pretende hacerse efectiva la póliza otorgada por Seguros Colpatria SA.**

En el proceso se demostró que, los municipios de Saravena y Arauquita constituyeron en la fiduciaria La Previsora SA, los fideicomisos 3-1-0112 y 3-1-0146, el 19 de octubre de 2005 y el 10 de abril de 2006, respectivamente (1.1 – 1.2). El objeto de tales fideicomisos era administrar los recursos provenientes de subsidios otorgados por Fonvivienda, recursos de las cajas de compensación familiar, recursos propios de cada beneficiario y recursos aportados por cada municipio.

Para el desembolso de tales recursos se estableció en los contratos de fiducia pública, que se requeriría de certificación del interventor de avance de obra y del fideicomitente - que para cada contrato de fiducia sería el alcalde del municipio – (1.1 – 1.2).

### **3.2. En cuanto a la póliza otorgada y que ahora pretende hacerse efectiva.**

Por otra parte, se acreditó en el proceso que Seguros Colpatria SA otorgó a la fiduciaria La Previsora SA la póliza de seguro de manejo global bancario, con vigencia del 21 de enero de 2007 hasta el 21 de enero de 2008. El tomador, asegurado y beneficiario de la póliza sería la fiduciaria (1.3).

Dentro de los amparos otorgados estaba el de “manejo global bancario – infidelidad”, que a su vez incluía el de indemnización profesional. En la Sección C de la póliza se dejó claro que la misma se otorgaba bajo la modalidad *claims made* o de *reclamos hechos*. Lo cual se traduce en que la aseguradora indemnizaría a la fiduciaria por las pérdidas resultantes de actos u omisiones de sus empleados (incluso de actos deshonestos o fraudulentos), que dieran origen a un reclamo hecho por primera vez por el reclamante en contra de la fiduciaria durante la vigencia de la póliza, siempre y cuando el reclamo surgiera de la prestación de servicios financieros por parte de la fiduciaria a ese reclamante (1.4)

Entonces, son varias cosas las que deben tenerse en cuenta para efectos de hacer el posterior estudio de oportunidad de presentación de la demanda y en dado caso de responsabilidad de la aseguradora.

En primer lugar, se estableció en el contrato de seguros que Seguros Colpatria SA respondería por las pérdidas resultantes de actos u omisiones de los empleados de la fiduciaria, incluso si tales actos eran deshonestos o fraudulentos. En la misma póliza se acordó que por “acto u omisión deshonesto o fraudulento” debía entenderse:

algún acto u omisión cometido por empleado con la intención manifiesta de obtener, y que tenga como resultado, un beneficio financiero inapropiado para ese empleado, diferente de salarios, honorarios, comisiones, bonos, promociones o algún otro emolumento al cual el empleado tenga derecho legalmente.

En segundo lugar, se acordó en el mencionado contrato que Seguros Colpatria SA respondería siempre que mediara un reclamo hecho por primera vez por un reclamante en contra de la fiduciaria. Y por reclamante debía entenderse alguien a quien la fiduciaria le hubiera prestado sus servicios financieros. En el mismo negocio jurídico se dijo que por “reclamante” se entendería lo siguiente:

Cualquier parte que haga un reclamo en contra del asegurado, **en la medida en que esa parte sea un cliente** presente o pasado del asegurado a quien el asegurado le deba o le haya debido un deber o una obligación legal.

Cuando se haga un reclamo en contrato del asegurado por parte de:

- iii) Las autoridades de servicios financieros; o
- iv) **Algún cuerpo regulador equivalente o sucesor o algún gobierno u órgano gubernamental o agencia gubernamental.**

Por, en nombre de, o para el beneficio de una o más partes individuales que hubieran tenido cada una, excepto para ese reclamo, legitimación procesal para instaurar ese reclamo como reclamante directamente en contra del asegurado, los términos "reclamo" y "reclamante" según se usan en esta póliza, significarán, respectivamente, el reclamo hecho por cada una de esas partes individuales (aunque se haya hecho a través de ese cuerpo regulador u órgano gubernamental) y cada parte individual.

En tercer lugar, en la misma póliza se indicó que por "reclamo" se entendería: i) Una solicitud escrita por dinero o daños recibida por el asegurado, incluyendo la notificación de una demanda o alguna otra acción similar; o ii) la instauración de procesos decisorios de tipo legal, arbitral o regulador en contra del asegurado ante cualquier corte o tribunal debidamente constituido y reconocido internacionalmente que prevea el debido proceso y el derecho de apelación.

Finalmente, las partes pactaron que por "pérdida" se entendería lo siguiente:

- a) La responsabilidad civil del asegurado de pagar daños y/o sentencias condenatorias a un reclamante como resultado de un reclamo y esto incluirá los costos determinados en contra del asegurado en relación con ese reclamo;  
y
- b) Todo pago de un reclamo aprobado por los aseguradores; y
- c) Los gastos de defensa.

*Perdida* no significa y no incluye:

- e) Multas, sanciones, daños punitivos o ejemplares o daños o sentencias multiplicados (diferentes de una única suma compensatoria por daños o sentencias condenatorias antes de tal multiplicación);
- f) Las obligaciones del asegurado ni como principal ni como contraparte;
- g) Honorarios, utilidades, comisiones, costos u otros cargos pagados o por pagar por el asegurado, ni basados en, que surjan de, estén relacionados con, o involucren, directa o indirectamente, el cobro real o supuesto de honorarios, utilidades, comisiones, costos u otros cargos excesivos, no revelados o inapropiados de alguna otra manera, por parte del asegurado;
- h) Ningún asunto que sea o se considere no asegurable bajo la ley en relación con la jurisdicción que corresponda al reclamo.

### **3.3. En cuanto al momento a partir del cual debe contabilizarse la prescripción de los derechos derivados del contrato de seguros a que se refiere el artículo 1081 del Código de Comercio.**

Ahora, en cuanto al momento a partir del cual debe contabilizarse y establecerse si la demanda de controversias contractuales se presentó en término, lo primero que hay que decir es que tal determinación debe hacerse a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio y no del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Ello en atención a que el contrato de seguros tiene regulación especial, en la que se establece el momento a partir del cual empieza a correr el término para efectuar la correspondiente reclamación a la aseguradora.

Lo segundo que hay que tener en cuenta es que la póliza objeto de este litigio se pactó en la modalidad *claims made* o *reclamos hechos*. Luego, no se puede, como lo hizo la juez de primera instancia, contabilizar el término para presentar demanda desde que la aseguradora tuvo conocimiento del supuesto siniestro. Ello implicaría desconocer por completo que el contrato es ley para las partes y que la modalidad *claims made* es distinta a la general y se encuentra permitida y regulada por el ordenamiento jurídico en la Ley 389 de 1997. Sobre el particular, debe recordarse que tal y como lo ha señalado la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Suprema de Justicia, "la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 del Código de Comercio es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (*claims made*), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual"<sup>11</sup>.

Entonces, como se dijo, lo primero que hay que tener claro para efectos de resolver el litigio es que el contrato de seguros celebrado entre Seguros Colpatria SA y Fiduprevisora SA se pactó en la modalidad *claims made*. Ahora, el debate que plantean las partes en sede de segunda instancia o en lo que no hay acuerdo entre las partes es acerca del momento a partir del cual debe contarse el término de prescripción.

La parte actora considera que el reclamo que debe tenerse en cuenta para tales fines es el realizado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Fonvivienda) a la fiduciaria el 10 de abril de 2008, en los siguientes términos (1.17):

Fonvivienda ha recibido el informe de supervisión emitido por FONADE, entidad responsable de efectuar la supervisión administrativa y técnica de los proyectos de VIS con giro anticipado del subsidio asignado por el Gobierno Nacional en todo el país, mediante el contrato interadministrativo 193031.

Con respecto a la ejecución del proyecto VIS denominado Asociación Nueva Urbanización Mujeres Cabeza de Hogar Etapa III 2005, ubicado en el municipio de Saravena en el Departamento de Arauca, una vez revisado en contenido del informe correspondiente a la visita No. 5 de 17 de marzo de 2008, se constata que FONADE realiza, entre otras, las siguientes observaciones y recomendaciones:

"Oficiar a Fiduprevisora SA para que aclara detalladamente valor y origen de los recursos consignados en el encargo fiduciario y relación pormenorizada que incluya fecha, beneficiario y valor de los desembolsos realizados al proyecto. Además, debe explicar por qué para el reporte con corte al 31 de agosto de 2007 se registraban desembolsos por \$483.150.553 (73%) y para el 31 de diciembre de 2007 (4 meses más tarde) se registran desembolsos por \$536.028.695 (81% aproximadamente) dado que el proyecto se encuentra paralizado. También se debe solicitar que FIDUPREVISORA explique bajo qué

---

<sup>11</sup> Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de julio de 2017, con ponencia del Magistrado Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

consideraciones realizó desembolsos, sin que existiera un contrato de interventoría vigente y sin el certificado de entrega de informes de interventoría. (...)

Dada la importancia de las aclaraciones solicitadas por la supervisión ejercida por FONADE para el mencionado proyecto, atentamente, me permito solicitar a la fiduciaria se informe a esta coordinación, a la mayor brevedad posible, sobre los interrogantes que se consigan en la presente comunicación. (...)

Mientras que la demandada considera que el reclamo que debe considerarse para el estudio de la prescripción de los derechos derivados del contrato de seguros es el derecho de petición que el alcalde de Arauquita hizo a la fiduciaria el 20 de febrero de 2008, en el que solicitaba acceder a la información sobre la autorización que el municipio expidió para hacer los desembolsos de recursos al constructor (1.16)

En criterio de la Sala ninguna de las dos comunicaciones cumple con los requisitos para ser considerados "reclamo" en los términos acordados en la póliza de seguros antes mencionada. Ello en atención a que no se trata de solicitud escrita por dinero o daños, ni es la notificación de una demanda o solicitud de conciliación. Simplemente se trata de peticiones en las que tanto el municipio de Arauquita como el Ministerio de Vivienda requieren a la fiduciaria a fin de tener claridad acerca de los desembolsos de los recursos que se han ido realizando en cada uno de los proyectos VIS.

Luego, en criterio de la Sala ni siquiera se acreditó reclamo alguno a partir del cual debiera contarse el término de prescripción al que se refiere el artículo 1081 del Código de Comercio.

#### **3.4. En cuanto al supuesto riesgo que se configuró: Acto deshonesto de un empleado que produjo pérdidas a la fiduciaria, como consecuencia del reclamo hecho a Fiduprevisora SA.**

No habiendo prescripción de los derechos derivados del contrato de seguros, corresponde estudiar el fondo del asunto a fin de determinar si se acreditó la ocurrencia del siniestro cuya indemnización ahora se reclama.

Se demostró que Fonvivienda, siendo una de las entidades que había suministrado recursos para la ejecución de los proyectos de vivienda de interés social en los municipios de Saravena y Arauquita, había contratado a FONADE para que prestara sus servicios gerenciales, técnicos, jurídicos, administrativos y realizara las actividades necesarias de supervisión en los proyectos de vivienda en los que el Fondo de Vivienda entregara recursos a título de subsidio (1.7 – 1.12).

Fue en cumplimiento del anterior convenio que FONADE, el 18 de octubre de 2007, visitó los proyectos VIS en los municipios mencionados y evidenció que, por una parte, el proyecto en el municipio de Saravena sólo había avanzado hasta el 68% y se encontraba paralizado desde hacía 6 meses (1.13) y, por otra parte, el proyecto en el municipio de Arauquita sólo había avanzado en un 8% (1.14).

También, la fiduciaria allegó dos documentos realizados por la misma, en los que señala que algunos de los desembolsos que se hicieron en los fideicomisos constituidos por los municipios de Saravena y Arauquita se hicieron sin contar con informe de interventoría ni



certificación de recibido por parte del supervisor (1.5 – 1.6). Al expediente no se allegó soporte alguno de las afirmaciones hechas en estos documentos.

Aunque la fiduciaria hizo tales afirmaciones y allegó como pruebas dos documentos realizados por la misma en los que asegura que algunos desembolsos se hicieron sin el informe de interventoría correspondiente y sin la aprobación de la supervisión, la Sala resalta que en los informes emitidos por FONADE el 18 de octubre de 2007, al menos en el del proyecto de Saravena, se manifestó la preocupación de que el interventor hubiera autorizado el pago del subsidio de Fonvivienda en un 73% porque ello querría decir que al menos había certificación la ejecución de la obra en un porcentaje superior al 90%. Hay que recordar que en los contratos de fiducia se acordó que los recursos que Fonvivienda entregaba a título de subsidios debían ser los últimos en desembolsarse cuando el porcentaje de ejecución de las obras fuera superior al 90% (1.13).

Esto es, la Sala encuentra una inconsistencia entre la certificación que entrega la fiduciaria para poder hacer efectiva la póliza, señalando que los desembolsos en los dos fideicomisos se hicieron sin informe de interventoría y el informe que emitió FONADE en el que advirtió que la interventoría había certificado el avance de la obra en un porcentaje superior al 90%, para efectos de autorizar los desembolsos (1.13).

A ello también se suma el expediente del proceso de responsabilidad fiscal que adelantó la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Cauca, respecto al manejo de recursos hecho en el proyecto de Arauquita, el cual fue aportado de manera integral (1.18) y en el que se evidenció que fueron el alcalde y el interventor quienes autorizaron todos y cada uno de los desembolsos al constructor.

En el proceso de responsabilidad fiscal se reconoció que, en el contrato de fiducia pública, Fiduprevisora quedó obligada a girar dinero al beneficiario del encargo fiduciario, previa autorización del ordenador del gasto y del interventor del proyecto.

La Contraloría analizó cada una de las órdenes de pago externas suscritas por el alcalde y el interventor del proyecto, en las cuales ordenaban a la fiduciaria cancelar obligaciones adquiridas en el desarrollo de la construcción de las viviendas con cargo a los recursos del fideicomiso. La Contraloría también evidenció que el alcalde, en cumplimiento del contrato fiduciario, suscribió certificación en la que constaba que el constructor era el señor Edgar Bustamante Huertas, aunque no se había celebrado contrato de obra alguno con el mismo (1.19).

En el fallo que se emitió en el proceso de responsabilidad fiscal, se estableció que “la fiduciaria se ciñó a lo pactado en el contrato, pues en ningún momento del clausulado del contrato de encargo fiduciario se estipuló que para girar un pago ordenado por el fideicomitente debería ir el visto bueno de FONADE”.

En suma, la Contraloría determinó que la fiduciaria había ordenado los pagos en el proyecto de Arauquita conforme a las estipulaciones indicadas en los contratos fiduciarios, en tanto se realizaron contando con las órdenes de pago suscritas por el alcalde y el interventor (1.19 – 1.21).

Así las cosas, en criterio de la Sala deben negarse las pretensiones de la demanda porque no se acreditó la ocurrencia del siniestro por el que ahora pretende hacerse efectivo el

amparo de indemnización profesional. No se acreditó la producción de una pérdida por parte de la fiduciaria, esto es, condena en una sentencia, conciliación o reclamo aprobado por la aseguradora. Tampoco se demostró el acto deshonesto o fraudulento del empleado de la fiduciaria, pues, aunque se menciona en la demanda que se presentó denuncia por los desembolsos realizados en los dos proyectos, al expediente no se allegó constancia de ello ni del estado del proceso penal correspondiente. Mucho menos se probó el reclamo hecho a la fiduciaria en los términos acordados en el contrato de seguros objeto de litigio.

#### **4.- Costas Procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, la Sala no condenará en costas en tanto no existe prueba que la justifique.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 31 de enero de 2017, por el Juzgado 64 Administrativo de Bogotá.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida el 31 de enero de 2017, por el Juzgado 64 Administrativo de Bogotá.

**TERCERO: NO CONDENAR** en costas procesales, conforme la parte motiva de la sentencia.

**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia y cumplido lo anterior, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**



**JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**  
Magistrado



**MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**  
Magistrada



**FERNANDO IREGUI CAMELO**  
Magistrado

