



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A
CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 63001-2331-000-2011-00276-00 (56655)

Demandante: DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO

Demandado: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: ENCARGO FIDUCIARIO – Para pago de pensiones públicas también se regula por Ley 80 de 1993 – Responsabilidades – Aplicabilidad de las reglas de la fiducia/ RESPONSABILIDAD POR CULPA LEVE – Límites – Exenciones previstas en el contrato – Alcance frente al principio de la buena fe cuando las obligaciones dependen de la información suministrada por el Estado contratante.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Quindío, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

En desarrollo del contrato de encargo fiduciario N° 01 del 3 de octubre de 2001, suscrito entre las partes para el pago de pensiones públicas y otras prestaciones a cargo del departamento del Quindío, se efectuaron pagos indebidos de conceptos pensionales a favor de terceros no acreedores de aquellos.

El departamento del Quindío, como titular de los recursos afectos al encargo fiduciario demandó judicialmente a Fiduprevisora S.A., su contratista, para que se declarara que esta incumplió el contrato por no adoptar medidas de cautela sobre los recursos comprometidos.



Toda vez que la sentencia de primera instancia denegó las súplicas de la demanda, la parte actora interpuso recurso de apelación insistiendo en el incumplimiento contractual de Fiduprevisora S.A.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 28 de septiembre de 2011 el departamento del Quindío, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales (fls. 1-12, c.1) contra la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. (en adelante, Fiduprevisora S.A. o Fiduprevisora), a fin de que se acogieran en sentencia de mérito las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declare el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario, suscrito entre la Gobernación del Departamento del Quindío y la sociedad denominada Fiduciaria La Previsora S.A., por parte de esta última, por los argumentos expuestos en la parte fáctica de esta demanda.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la sociedad demandada Fiduciaria La Previsora S.A. a pagar a la demandante (...) la suma de cuatrocientos ochenta y cinco millones de pesos MCTE (\$485'000.000). correspondiente[s] al dinero cancelado por la primera de forma fraudulenta.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión primera, se condene a la entidad demandada a reconocer a la demandante la indexación de las sumas solicitadas en la pretensión anterior al momento de la sentencia.

CUARTA: Que se condene a la entidad demandada al pago de la cláusula penal establecida dentro del contrato de encargo fiduciario objeto de este proceso.

-. En la fundamentación fáctica de la demanda se expuso, en síntesis, que el 3 de octubre de 2001, el departamento del Quindío celebró con Fiduprevisora el contrato de encargo fiduciario N° 001, con el objeto de que se administraran mediante esa figura los recursos correspondientes al pasivo pensional del sector salud del Quindío y se efectuaran los pagos respectivos, por el término de 8 años, o bien, hasta la fecha en que se verificara que la aseguradora no cumplía con el margen de solvencia exigido en el Decreto 1797 de 1999.

Afirmó que durante la ejecución del contrato se presentaron pagos fraudulentos de mesadas pensionales por la suma total de \$485'000.000, además de la conducta ilícita del señor Mauricio Alejandro Bedoya Jiménez, ex funcionario del departamento, condenado penalmente por tales acciones.



Manifestó que el departamento del Quindío solicitó en varias oportunidades a Fiduprevisora que le reintegrara los dineros indebidamente pagados o afectara las pólizas del contrato, ante lo cual la fiduciaria señaló que el fraude no había sido cometido por ella sino por personal del departamento, y que al no ser propietaria de los bienes objeto del ilícito, no era contractualmente responsable por lo ocurrido.

Refirió que, no obstante lo dicho por Fiduprevisora, las estipulaciones del contrato la obligaban no solo a cumplir con los pagos de las mesadas pensionales sino también a diseñar y adoptar procedimientos eficaces de cautela para verificar la identidad de los pensionados y evitar fraudes.

Sostuvo que en el expediente contractual no obraba prueba alguna que demostrara los procedimientos adoptados por Fiduprevisora para cumplir con sus obligaciones de cautela, y que de haber procedido a ello la fiduciaria, el pago ilegal no se habría efectuado. Asimismo, señaló que la contratista desatendió el compromiso igualmente asumido en el negocio jurídico, de mantener vigentes las garantías pactadas por las partes.

Según la demanda, si bien el parágrafo de la cláusula tercera contractual advertía que la administradora no se haría responsable por fallas generadas exclusivamente en deficiencias de la información suministrada por el departamento, lo cierto era que el órgano fiduciario tenía la obligación de informar a la administración departamental, en el menor tiempo posible, la existencia de dichas deficiencias, cuando la información a cargo de la entidad contratante se entregara en material impreso y en medio magnético. En ese sentido -prosiguió la demandante-, los pagos ilegales no surgieron exclusivamente por las irregularidades del funcionario del departamento sino por la omisión de las medidas eficaces que tenía a su cargo la fiduciaria, entre las cuales se había previsto, adicionalmente, la comparación periódica entre la base de datos de Fiduprevisora y la del departamento del Quindío.

2. Trámite de primera instancia

2.1. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 17 de noviembre de 2011, y notificada a la sociedad demandada en marzo de ese año (fls. 909-920, c.1).

2.2. En su escrito de defensa, Fiduprevisora S.A. recalcó que, de conformidad con la Ley 549 de 1999, la responsabilidad por los pasivos pensionales de las entidades



territoriales recaía solamente en estas, y por otra parte, el negocio jurídico celebrado entre las partes no implicó la transferencia del dominio de bienes a la fiduciaria.

Subrayó que las defraudaciones fueron cometidas por un funcionario de la gobernación del Quindío, encargado de proyectar los actos administrativos que reconocieron ilegalmente las pensiones. Agregó que dichos actos fueron posteriormente firmados por la directora de Talento Humano del departamento, sin que en tales trámites hubiera participado Fiduprevisora, de modo que no se debió pretender trasladar a la contratista el riesgo que debía asumir directamente la entidad territorial.

Refirió las condiciones a las que estaban sujetas las responsabilidades de Fiduprevisora y el proceder que le era exigible al departamento del Quindío, y propuso las excepciones de *“inexistencia de la obligación”*, *“cobro de lo no debido”*, *“culpa plena y exclusiva de la parte actora”* y *“ausencia de responsabilidad por parte de Fiduprevisora S.A. en los actos fraudulentos”*.

2.3. El 31 de mayo de 2012 se dio apertura al período probatorio y el 23 de octubre del mismo año se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fls. 1000 y 1032, c.1).

2.4. La entidad demandante insistió en que Fiduprevisora S.A. estaba obligada a adoptar medidas y procedimientos de cautela para evitar fraudes en el pago de las pensiones objeto del encargo fiduciario, negocio que implicaba para la contratista no solo el deber de transferir a los pensionados las mesadas respectivas, sino administrar los recursos y manejarlos de tal manera que las operaciones correspondientes se dieran en forma segura.

Argumentó que el departamento no había incurrido en culpa, ya que procuró el oportuno pago de las pensiones justamente por la vía del encargo fiduciario, para trasladar a la administradora el adecuado manejo de los recursos con la especializada infraestructura de esa clase de sociedades. Señaló que si bien el contrato estableció que la fiduciaria no sería responsable por fallas o deficiencias en la información suministrada por el departamento, debía informar oportunamente la existencia de las mismas, lo que no hizo.



2.5. Por su parte, Fiduprevisora S.A. reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y señaló que la obligación consistente en adoptar procedimientos eficaces de cautela no implicaba una responsabilidad ilimitada, ya que en el marco del contrato no le correspondía evitar conductas ilegales durante la fase administrativa de reconocimiento de las pensiones.

Expuso que el Manual Operativo de Pagos aplicable al contrato señalaba que el insumo para ejercer la actividad de *pago* de las pensiones debía ser proporcionado por la Dirección de Talento Humano del departamento del Quindío, por lo que las irregularidades que se cometieron en esa dependencia no podían ser responsabilidad de la fiduciaria, pues esta debía atenerse a la información que justamente le entregaba la entidad territorial.

Cuestionó la interpretación del contrato hecha por el departamento y concluyó que este pretendía trasladar su propia culpa a la administradora fiduciaria, razón por la cual debían prosperar las excepciones propuestas por esta.

3. La sentencia impugnada

3.1.- El Tribunal Administrativo del Quindío profirió sentencia el 19 de noviembre de 2015 (fls. 1102-1114), oportunidad en la cual denegó las pretensiones de la demanda por considerar que, al alegar el incumplimiento de Fiduprevisora, el departamento del Quindío debía demostrar en primer lugar su propia observancia de las obligaciones asumidas en el contrato de encargo fiduciario, presupuesto que no fue satisfecho en sede de juicio por la entidad demandante.

El *a quo* estimó relevante lo expresado en el contrato, en el sentido de que la fiduciaria debía pagar las pensiones “*previamente reconocidas por el Departamento Administrativo del Talento Humano*”, y que la administradora no sería responsable por las fallas que, generadas en las actividades propias del negocio celebrado, obedecieran exclusivamente a deficiencias de la información entregada por el departamento o por otras entidades encargadas de suministrarla. De igual manera reparó en que las cláusulas también establecían que toda suma pagada por Fiduprevisora en exceso de lo efectivamente adeudado debía ser reembolsada al departamento, pero a condición de que la circunstancia irregular se originara por causa de la fiduciaria, su personal, sus equipos o los sistemas que empleara en ejecución de sus obligaciones.



Tras constatar que durante el desarrollo del contrato se pagaron pensiones a personas que no reunían los requisitos legales para recibirlas, y que por tal conducta resultó penalmente condenado un servidor del departamento del Quindío el 13 de diciembre de 2007, el Tribunal estableció que se configuraba la salvedad prevista en las cláusulas para eximir de responsabilidad a la administradora, pues la anomalía surgió exclusivamente en el seno de la entidad contratante, concretamente en la oficina de Talento Humano.

Expresó el sentenciador de primer grado:

Así las cosas, no es dable imputar una falta de diligencia contractual supuestamente en el 'trámite de pago', cuando el hecho generador del daño se ubicó evidentemente en el trámite administrativo de reconocimientos pensionales, trámite en el cual no intervenía la Fiduciaria por virtud del mismo pacto contractual; por ende, a quien le asistía el deber de actuar en ese procedimiento bajo parámetros de legalidad, buena fe, transparencia y probidad era al contratante para que el pago se dirigiera en forma legal (...).

[N]o es viable que solamente por la experiencia de la sociedad fiduciaria en este tipo de encargos, se le traslade una obligación que va más allá de lo pactado en el contrato y de sus posibilidades de vigilancia, ya que ese deber de supervisión le asistía al propio contratante, interventor y a los entes de control del ente territorial, máxime tratándose de un proceso administrativo de reconocimiento de derechos prestacionales, que revela el ejercicio prístino de la función administrativa, es decir, de una competencia constitucional y legalmente establecida en el ente territorial.

Concluyó que en el proceso no existía prueba de que Fiduprevisora S.A. se hubiera sustraído del cumplimiento de sus obligaciones, ni se demostró que la defraudación del patrimonio del departamento hubiera obedecido a la falta de coincidencia entre la información entregada por la entidad territorial a través de la oficina de Talento Humano, y la examinada por la administradora para proceder con los pagos, por lo cual no existía mérito para acoger las pretensiones de la demanda.

4. El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la indicada sentencia y señaló que la decisión adoptada en ella no guardaba correspondencia con lo que establecía la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario -referente a las obligaciones de la demandada-, por cuanto en el expediente no obraba prueba de que Fiduprevisora hubiera adoptado los procedimientos y las medidas de cautela previstas en dicho acuerdo de voluntades, falencia que evidenciaba la responsabilidad de esa administradora por la defraudación patrimonial del departamento del Quindío.



Señaló que las pretensiones de la demanda, encaminadas al reintegro de los dineros pagados fraudulentamente, obedecían a que el contrato de encargo fiduciario era un negocio “de confianza”, por lo que el fiduciario debía responder por todos los bienes entregados bajo esa figura mercantil.

Afirmó que el Tribunal pasó por alto otros incumplimientos de la administradora, consistentes en no mantener la vigencia de las garantías del contrato, no informar a la entidad contratante sobre las deficiencias en la información entregada para la ejecución de los pagos pensionales, abstenerse de efectuar periódicamente las comparaciones de las bases de datos y omitir las medidas de seguridad y custodia de los bienes entregados en virtud del encargo fiduciario, inobservancias estas que, en sentir de la impugnante, infringían el artículo 5, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

Manifestó (fl. 1121):

De conformidad con lo anterior, la Fiduciaria S.A. se apartó del cumplimiento de las obligaciones fijadas por la Ley 80 de 1993 (...) y de las obligaciones contractuales (...), razón por la cual se le solicita con todo comedimiento al Superior que revise la sentencia de primera instancia (...) [y] declare el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario (...) teniendo como sustento los fundamentos legales, contractuales y las circunstancias fácticas claramente expuestas en la demanda.

5. Trámite en segunda instancia

5.1. El recurso de apelación fue concedido el 9 de febrero de 2016 y admitido por esta Corporación el 7 de abril de 2016 (fls. 1123 y 1129).

5.2. En providencia del 26 de mayo de 2016 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 1131).

5.3. Ninguno de los sujetos procesales alegó de conclusión.

5.4. El Ministerio Público guardó silencio en ambas instancias.

II.- CONSIDERACIONES

La Sala estima pertinente precisar que al presente asunto le son aplicables las reglas del Decreto 01 de 1984, toda vez que la demanda se interpuso el 28 de septiembre de 2011, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara



en vigor la Ley 1437 de 2011¹, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto².

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo –vigente en la fecha de presentación de la demanda- estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario N° 01 del 3 de octubre de 2001, en el que fungió como contratante el departamento del Quindío y como administradora de los bienes objeto del contrato la entidad Fiduciaria La Previsora S.A., sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, autorizada por el Decreto 1547 de 1984³ y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ahora, la actuación que en esta sentencia habrá de resolverse ostenta vocación de doble instancia, puesto que la cuantía fijada en la demanda es superior a los 500 S.M.L.M.V. (\$267'800.000⁴), establecidos en el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A. En efecto, la parte actora señaló la suma de \$485'000.000 como valor del detrimento patrimonial sufrido por el departamento del Quindío por el pago fraudulento de las pensiones a su cargo.

¹ Cuya vigencia inició el 2 de julio de 2012.

² *“El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”

³ Inicialmente constituida para el manejo del *Fondo Nacional de Calamidades*. Estableció la norma: *“El Fondo Nacional de calamidades será manejado por una sociedad fiduciaria de carácter público. Para tal fin, autorizase a La Previsora S. A., compañía de seguros y a otras entidades públicas cuyos estatutos y normas orgánicas tengan relación con el objeto del Fondo, para Constituir dicha sociedad fiduciaria, conforme lo determine el Gobierno Nacional La sociedad que se cree estará vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (...).*

El Fondo Nacional de Calamidades se tendrá como un fideicomiso estatal de creación legal en consecuencia, la administración de los bienes y recursos que lo conforman se regirá, en todo lo aquí no previsto, por las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno Nacional”.

⁴ El salario mínimo legal mensual que rigió en 2011 era de \$535.600 (Decreto 033 del 11 de enero de 2011).



1.2. Oportunidad para demandar

De conformidad con el artículo 136, numeral 10, del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998⁵, en las acciones relativas a contratos que requieran liquidación, el término de caducidad de dos años allí establecido comienza a correr desde la firma del acta de liquidación bilateral o desde la ejecutoria del acto que apruebe la liquidación unilateral, según el caso. De no procederse a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al término convenido por las partes o fijado en la ley para la liquidación bilateral, la caducidad comienza a correr desde la expiración del plazo con el que contaba la administración para liquidar unilateralmente el contrato, de acuerdo con la norma sustancial aplicable y con las cláusulas que eventualmente hayan pactado las partes sobre este aspecto.

En el presente caso, el contrato de encargo fiduciario N° 01 del 3 de octubre de 2001 fue pactado por el término de ocho años, por lo que la fecha de su terminación sería el 3 de octubre de 2009. En dicho negocio jurídico dispusieron las partes que se procedería a su liquidación bajo lo dispuesto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993⁶, de manera que el término para liquidar el contrato por mutuo acuerdo vencía el 3 de febrero de 2010, mientras que el plazo para su liquidación unilateral por parte del departamento del Quindío debía expirar el 3 de abril de 2010.

En esa medida, la fecha límite del término de caducidad de la acción era el 4 de abril de 2012; no obstante, la demanda fue presentada el 28 de septiembre de 2011, lo que indica que la parte actora acudió a la vía judicial oportunamente.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer si se debió declarar la responsabilidad contractual de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. por el ilícito reconocimiento y pago de pensiones con cargo a los recursos entregados a esa compañía en virtud del contrato de encargo fiduciario 01 de 2001. A efectos de ello, deberá verificarse el incumplimiento de las obligaciones que, en sentir de la apelante, no fueron estudiadas en la sentencia de primera instancia a pesar de estar expresas en el contrato, allegado al proceso.

⁵ Norma que ya se encontraba vigente para la fecha de celebración del contrato materia de controversia.

⁶ Estatuto que gobernó el contrato materia de juicio, como más adelante lo señalará la Sala.



2.1. Hechos probados

Las pruebas documentales que obran en la presente causa fueron aportadas durante el curso del proceso, por ambas partes en legal forma y su contenido no fue refutado ni desvirtuado por ninguno de los sujetos procesales. Así entonces, los indicados medios probatorios son estimables por la Sala y permiten tener por acreditados los siguientes hechos:

- El 3 de octubre de 2001, el departamento del Quindío celebró con Fiduprevisora S.A. el contrato de encargo fiduciario N° 01, con el objeto de que la indicada sociedad administrara *“los recursos correspondientes al pasivo pensional del Sector Salud del departamento del Quindío, y la realización del pago de los pasivos pensionales a cargo del mismo (...)”* (fl. 71, c.1). De acuerdo con las precisiones hechas en los considerandos del contrato, los recursos provenían del Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Departamento del Quindío, constituido por la Resolución N° 0270 de 1995 como una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Secretaría de Hacienda de esa entidad territorial.

- Se refirieron como fundamentos normativos del contrato de encargo fiduciario la Ley 80 de 1993, el Decreto 679 de 1994 y la Ley 100 de 1993, entre otras disposiciones.

- Las partes advirtieron, en el parágrafo de la cláusula vigésima séptima, que el negocio así constituido nunca implicaría *“transferencia de dominio sobre los recursos estatales”* ni conformaría patrimonio autónomo (fl. 83, c.1).

- En la cláusula tercera, contentiva de las obligaciones de Fiduprevisora S.A., se indicó que esta debía, en efecto, *“pagar las obligaciones pensionales debida y previamente reconocidas por el Departamento Administrativo de Talento Humano”*. Igualmente se señalaron otros compromisos a cargo de la administradora, entre estos, el de *“diseñar y adoptar procedimientos eficaces de cautela para verificar la identidad de los pensionados y evitar fraudes, de conformidad con la ley”* -función prevista en el numeral 3.16- así como constituir y mantener las garantías exigidas en el contrato -numeral 3.25- (fls. 55-57, c.1).

- Asimismo, se pactó en el numeral 3.28 que Fiduprevisora se obligaba a actualizar y mantener una base de datos para el control y pago de la nómina de pensionados,



“de acuerdo con la información” que le remitiera el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Quindío; base que debía permitir, entre otras cosas, certificar los pagos, los beneficiarios, las sumas no cobradas y el valor de los desembolsos (fl. 62, c.1).

- Se indicó, adicionalmente, que Fiduprevisora debía entregar al departamento del Quindío el Manual de Prácticas y Procedimientos en el que debían constar las pautas diseñadas por la contratista para el funcionamiento del sistema de inversión de los recursos y para el pago de las obligaciones pensionales a cargo del Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Quindío. Según el contrato, el manual debía referir la forma de *coordinación* de las diferentes actividades a cargo de la administradora, desde la recepción de información y de recursos hasta la realización de los pagos, e incluir un plan de contingencias y la intercomunicación con las demás entidades intervinientes en el proceso. A su turno, el departamento aprobaría el manual y tendría facultades para verificar procedimientos, formular correctivos y exigir ajustes (fl. 58, c.1).

- En el párrafo tres de la cláusula tercera, señalaron las partes (p-63):

La Administradora no será responsable por fallas en la realización de las actividades señaladas en este contrato, cuando las mismas sean generadas exclusivamente en deficiencias de la información suministrada por el Departamento o por las entidades encargadas de proporcionarla. En todo caso, la Administradora deberá informar al Departamento (...), en el menor tiempo posible, sobre dichas deficiencias, cuando el Departamento o las entidades encargadas de suministrar (...) la información lo efectúen en papel o con soportes documentales y en medio magnético.

Se agregó que Fiduprevisora debía verificar que la información obrante en medio magnético coincidiera con la presentada en documentos impresos que le fueran entregados.

- En línea con lo anterior, la cláusula quinta del contrato previó determinadas obligaciones relativas al “*soporte informático*” del encargo fiduciario, en cuyo marco Fiduprevisora se comprometió a garantizar el enlace entre esta y el departamento, y a “*efectuar, al menos una vez al mes, revisiones y comparaciones entre las bases de datos de la Administradora y el Departamento, a efectos de detectar inconsistencias que deberán ser corregidas inmediatamente*” (fl. 65, c.1).

- Advirtió en la misma cláusula quinta que la propiedad de la información recibida y actualizada en el encargo fiduciario era de la entidad territorial.



-. Por su parte, la cláusula sexta estableció algunas reglas para la inversión de los recursos del encargo, y en su párrafo recalcó que la Administradora se obligaba a emplear *“estrictas medidas de seguridad en el manejo y custodia de los bienes”* administrados por virtud del contrato, *“siendo responsable hasta de culpa leve”* (fl. 66, c.1).

-. En la cláusula cuarta del contrato se reguló lo pertinente a los *“pagos errados”*, estableciéndose que cualquier suma pagada con los recursos del encargo fiduciario, en exceso de las obligaciones a cargo del Fondo o beneficiando a personas sin derecho a la respectiva prestación, debía correr por cuenta de Fiduprevisora, *“siempre y cuando dicha circunstancia se origine por causa de ésta, el personal a su cargo o los equipos o sistemas que emplee”*. En tal evento, según lo estipulado por las partes, Fiduprevisora debía devolver las sumas indebidamente pagadas, a más tardar al día hábil siguiente al del reconocimiento del error o del requerimiento formulado por quien ejerciera *“el control del contrato”* (fl. 64, c.1).

-. El contrato también exigió a Fiduprevisora S.A. la constitución de una garantía única para el encargo fiduciario, que cubriera los amparos de cumplimiento, calidad del servicio y pago de salarios, y adicionalmente, acreditar la existencia de una póliza global o bancaria de infidelidad y riesgos financieros y de responsabilidad civil por errores y omisiones, en la que figurara como beneficiario y asegurado adicional el Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Quindío (fl. 74, c.1). Todas las indicadas garantías debían permanecer vigentes durante la existencia del contrato.

-. En lo relativo a la liquidación del negocio jurídico, se señaló en la cláusula trigésima tercera que ese procedimiento se efectuaría *“en los términos de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia”* (fl. 85, c.1).

Los manuales entregados por Fiduprevisora S.A.

-. En cumplimiento de la cláusula 3.7 del contrato, la administradora fiduciaria entregó al departamento del Quindío el Manual de Prácticas y Procedimientos, contentivo a su vez del *Manual Operativo de Pagos*, en el que se detallaron los pasos que debía seguir cada entidad -el departamento y Fiduprevisora S.A.- para tramitar y concretar, en efecto, los pagos objeto del encargo fiduciario (fls. 946-992, c.3).



- Al describir la fase correspondiente a la liquidación de nómina, se precisó que esta era efectuada por la dirección de Talento Humano del departamento del Quindío, con base en los reportes de las novedades recibidas por los Centros de Atención al Pensionado del Departamento -CAPD-, y que esa entidad entregaría un archivo en medio magnético con los pagos que correspondería hacer a los pensionados, junto con el detalle de los descuentos efectuados por terceros, tales como EPS, cooperativas, autoridades judiciales, etc. (fl. 952, c.3).

Con respecto a las novedades, precisó el manual:

[D]urante cada mes, los [CAPD] irán registrando en forma continua las diferentes novedades de nómina en el archivo de novedades. Las novedades registradas hasta el día de cierre de nómina son incluidas en la nómina mensual y aquellas registradas después del cierre son incluidas en la nómina del mes siguiente.

Algunas de las novedades registradas tendrán efecto sobre la liquidación (...) [y] otras tienen un efecto sobre el estado del pensionado, tales como una suspensión de pagos, una sustitución o la extinción de la pensión.

Al señalar las fases operativas para los pagos en general, se indicó que, como primera medida, la Dirección de Talento Humano del Quindío revisaría y verificaría el reporte de novedades entregado por los CAPD *“junto con sus soportes”*, aprobaría dichas novedades para luego actualizarlas, liquidarlas y generar el archivo de nómina del mes para enviarlo a Fiduprevisora. Asimismo, generaría un archivo con los descuentos aplicables y enviaría la información junto con *“los recursos necesarios para el pago de la nómina de los pensionados y el pago a terceros”* (destaca la Sala). Seguidamente, la fiduciaria recibiría todos esos instrumentos, cargaría los archivos y verificaría la información *“contra la base de datos de pensionados”* y corroboraría las mesadas suspendidas (fl.953).

En cuanto a la operación del pago especial de *“bonos pensionales”*, se señaló que el procedimiento allí previsto operaría cuando el departamento recibiera solicitud de redención de bono por muerte, invalidez, pensión por el Instituto de Seguros Sociales y redención normal de AFP. En él, la Dirección de Talento Humano del Quindío elaboraría la resolución de pago y la remitiría a Fiduprevisora, con el oficio respectivo *“solicitando la liquidez para el pago”*, indicando fecha, nombre de la administradora, datos personales del beneficiario, el monto reconocido, el número de cuenta y el banco. Por su parte, Fiduprevisora ubicaba los recursos disponibles y efectuaba el desembolso *“de acuerdo [con] las instrucciones recibidas”* (fl. 965, c.3).



La defraudación y las actuaciones de las partes involucradas

-. Mediante oficio del 19 de abril de 2007, la Dirección de Talento Humano del departamento del Quindío le indicó a Fiduprevisora que, en documento adjunto, obraba *“la OPE N° 1466024 por valor de \$54.921,00 (sic)”*, para que dicha suma fuera girada *“a más tardar”* el día 23 de ese año. Asimismo, el 24 de julio de 2007 la entidad territorial emitió un nuevo oficio en el que anunció el envío de *“las órdenes de pago de la fiduciaria con sus respectivos soportes”*, para que las obligaciones referidas en tales instrumentos fueran satisfechas también de manera perentoria (fls. 939-940, c.3).

-. En Resolución 00128 del 5 de septiembre de 2006, encabezada con el nombre del *“Departamento del Quindío – Gobernación”*, se reconoció a favor del señor Jelber Ortega Giraldo, como supuesto hijo de la señora Luz Marina Giraldo Loaiza, la suma de \$71'041.000 por concepto de *“devolución de saldos (indemnización sustitutiva)”* de la pensión de sobrevivientes. Al respecto, se señaló que la señora Luz Marina Giraldo Loaiza había laborado en dos entidades de salud del departamento entre 1986 y 1993, falleció en mayo de 2006 y *“no alcanzó a realizar los aportes necesarios para obtener una pensión de vejez”*, de manera que la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes se le debía reconocer al señor Ortega Giraldo, por haber acreditado ante la Dirección de Talento Humano su condición de hijo de la supuesta causante (fls. 942-944, c.3).

-. En oficio de esa misma fecha, la Directora de Talento Humano del departamento del Quindío remitió el pretendido acto administrativo a Fiduprevisora S.A., con la indicación de pagar la prestación allí reconocida, *“en forma inmediata”*. En las anotaciones finales del oficio se indicó que este había sido proyectado por el señor Mauricio Bedoya -al igual que en las otras comunicaciones remisorias antes mencionadas- (fl. 941, c.3).

-. En Resolución 000122 del 4 de septiembre de 2006, igualmente expedida a nombre del departamento del Quindío, se reconoció la suma de \$37'699.000 por concepto de *“devolución de aportes [o] indemnización sustitutiva de la pensión de vejez”*, a favor de la señora Miriam Jiménez Osorio, de quien se indicó que había laborado en el Hospital San Vicente de Paúl -municipio de Circasia- en 1985, y que se le debían restituir los aportes efectuados durante el periodo de su vinculación



con ese centro asistencial, con cargo a los recursos administrados por Fiduprevisora en virtud del encargo fiduciario N° 01 de 2001 (fl. 829, c.2).

- El 7 de junio de 2007, el Hospital San Vicente de Paúl dio respuesta a una petición ciudadana y señaló que la señora Miriam Jiménez Osorio no había tenido vínculo laboral alguno con esa institución (fl. 837, c.2).

- El 20 de junio siguiente, Fiduprevisora S.A. presentó ante el departamento del Quindío un informe en el que señaló (fl. 844 c.2):

Fiduciaria La Previsora S.A., en su calidad de Administradora del Encargo Fiduciario N° 1 suscrito con el departamento del Quindío (...) realizó a través de sus políticas de mejoramiento y limitación del riesgo operacional, de manera aleatoria, una verificación a los pagos que hacen parte del objeto contractual (...).

[L]a Administradora realizó lo ordenado por el Fideicomitente en su instrucción N° 1466013 de septiembre 5 de 2006, cuyo concepto autoriza la devolución de un bono pensional de la señora Miriam Jiménez Osorio (...) a la (sic) que se anexa copia de la Resolución N° 000122 (...).

Agregó que la verificación o estudio *a posteriori* de ese pago se había realizado solicitando al Hospital San Vicente de Paúl los datos sobre la vinculación laboral de la supuesta beneficiaria y el tiempo trabajado por ella en ese centro asistencial, y que la entidad de salud certificó que la señora Jiménez Osorio no le había prestado servicio alguno.

En tal virtud, solicitó que se revisaran las eventuales inconsistencias de la Resolución N° 000122 del 4 de septiembre de 2006, por ser posible la invalidez de ese acto.

- Posteriormente, el 19 de julio de ese año, la administradora confirmó ante la entidad territorial el carácter irregular del pago efectuado a la señora Miriam Jiménez Osorio y le solicitó examinar en sus dependencias el posible trámite de otros reconocimientos prestacionales ilícitos (fl. 857, c.2).

- No obra respuesta del departamento del Quindío a las mencionadas comunicaciones de Fiduprevisora S.A. Con todo, esa administradora, en memorando del 4 de octubre de 2007, dio respuesta a un requerimiento previo de la contratante y manifestó que al corresponder la autoría del fraude a un servidor público *“totalmente ajeno”* al órgano fiduciario, este no era responsable, como tampoco sus agentes, por los hechos en cuestión (fl. 861, c.2).



-. El 17 de agosto de 2007, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Armenia adelantó audiencia de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en la causa seguida contra el señor Mauricio Alejandro Bedoya Jiménez por los delitos de falsedad ideológica en documento público y hurto. El Fiscal Delegado que adelantaba la instrucción manifestó que, por comunicación anónima, la Procuraduría Regional de esa ciudad fue informada sobre una “*apropiación indebida de dinero y proyección de actos administrativos*” para pagar conceptos pensionales⁷ a cargo del departamento del Quindío, a personas no titulares de estos, lo que motivó la apertura de la acción penal (fl. 12, c.4⁸).

-. En audiencia del 5 y el 13 de diciembre de 2007 (fls. 13 y 14, c.4), la Juez Cuarta Penal del Circuito de Armenia profirió sentencia de condena contra el señor Mauricio Alejandro Bedoya Jiménez, allí referido como exservidor de la oficina de Talento Humano de la gobernación del Quindío, por el reconocimiento y pago irregular de prestaciones pensionales a favor de Miriam Jiménez Osorio, Jelber Ortega Giraldo como hijo de Luz Marina Giraldo Loaiza, Diego Alejandro Franco, Roberto Hernández y otros ciudadanos.

Previamente, indagó sobre la presencia de “*algún representante*” de las víctimas o afectados y constató que solo había comparecido el abogado externo de Fiduprevisora S.A., quien fue oído en la audiencia.

A continuación, precisó la juez⁹:

*La presente investigación hace relación con la comisión dolosa de una falsedad ideológica en documento público en concurso heterogéneo con el delito de hurto simple también en concurso homogéneo donde **obra como ofendido la (sic) fe pública y la Fiduciaria La Previsora** (...). Por medio de escrito anónimo que se allegó a la Procuraduría Regional dando cuenta que un funcionario adscrito a la oficina de Talento Humano y Asuntos Administrativos de la Gobernación del departamento del Quindío había desfalcado al departamento del Quindío en la suma de quinientos millones de pesos, reconociendo bonos pensionales a favor de amigos y familiares, dándose orden de pago a la administradora Fiduciaria La Previsora, siendo el señor Mauricio Alejandro Bedoya Jiménez la persona encargada de proyectar, elaborar las resoluciones mediante las cuales se reconoce la devolución de aportes e indemnizaciones sustitutivas (...)* (destaca la Sala).

⁷ Devoluciones de aportes, devoluciones de bonos e indemnizaciones sustitutivas.

⁸ Las pruebas del proceso penal obran en medio magnético.

⁹ Audiencia oral en medio magnético, fl. 14 c.4.



Entre los documentos señalados como prueba de los delitos que se le enrostraron al mencionado exservidor, la juez penal refirió el contrato de encargo fiduciario celebrado entre la gobernación del Quindío y Fiduprevisora S.A., *“mediante [el] cual esta asumió el manejo de los recursos del Fondo Territorial de Pensiones Públicas del departamento, sector Salud, destinados al pago de las obligaciones pensionales a su cargo”*.

La Fiscalía Seccional delegada en la causa interpuso recurso de apelación contra la sentencia penal, únicamente en lo relacionado con la sustitución de la prisión intramural por prisión domiciliaria. Los demás sujetos procesales se abstuvieron de impugnar la providencia, por lo que la apelación de la Fiscalía fue concedida en el efecto devolutivo.

-. El 26 de diciembre de 2007, Fiduprevisora S.A. recomendó que el departamento del Quindío se *“constituyera como víctima”* en el proceso penal que dio lugar a la sentencia mencionada; ello, en palabras de la administradora, por ser ese ente territorial el titular de los recursos comprometidos en el ilícito (fl. 866, c.2).

-. La directora Administrativa, Jurídica y de Contratación del departamento del Quindío solicitó¹⁰ al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia la copia del fallo proferido contra el señor Mauricio Bedoya Jiménez, expresando que los hechos penalmente enjuiciados guardaban *“relación con la sustracción de dineros depositados por el departamento del Quindío y por el Ministerio de la Protección Social al encargo fiduciario 01 de 2001 (...)”* (fl. 795, c.2).

-. No obstante, para el 28 de diciembre de 2007, la Dirección de esa misma oficina departamental había manifestado, ante la jefe de Talento Humano (fl. 803, c.2):

[C]on relación al informe sobre el proceso de constitución de parte civil en el proceso penal (...), debe dirigir el interrogante a Fiduprevisora S.A., dado que esta dependencia no ejerce autoridad ni control sobre la entidad que resultó afectada con la ilicitud (...).

-. El 9 de enero de 2008, la directora Administrativa, Jurídica y de Contratación del departamento del Quindío requirió a dos miembros de su equipo de trabajo para

¹⁰ Aunque la comunicación respectiva fue encabezada con la fecha *“16 de enero de 2007”*, se infiere que el oficio fue emitido el 16 de enero de 2008, por referir la sentencia penal dictada en diciembre del año inmediatamente anterior.



que rindieran informe sobre “*el avance en el proceso de constitución de parte civil dentro del proceso penal que se viene adelantando en contra del ex funcionario Mauricio Bedoya con respecto de los hechos punibles de hurto y falsificación de documento público, así mismo, sobre el proceso de ejecución de la póliza constituida por Fiduciaria La Previsora a favor del departamento del Quindío*” (fl. 785, c.2).

- . Como respuesta, el 10 de enero de 2008 los profesionales requeridos de la Oficina Administrativa, Jurídica y de Contratación manifestaron que no era posible adelantar incidente alguno de reparación, por no obrar prueba de que hubiera sido el departamento quien se afectó económicamente con el fraude, dado que las evidencias existentes en la entidad señalaban únicamente “*a Fiduprevisora S.A. como doliente dentro del presente asunto*” (fl 798, c.2).

- . El 27 de junio de 2008, el departamento del Quindío dio respuesta a una comunicación de la Fiscalía Sexta Seccional de Armenia, en la que esa autoridad investigadora había puesto a su disposición el vehículo entregado por el ex servidor Mauricio Bedoya para cubrir los daños materiales de los delitos por los que resultó penalmente condenado.

Al respecto, el departamento del Quindío manifestó (fl. 790, c.2):

Bajo el entendimiento del alcance de la sentencia condenatoria impuesta a Mauricio Alejandro Bedoya Jiménez por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento, en la cual se señaló como único ofendido, además de la fe pública, a Fiduprevisora S.A. (...), siendo excluido el departamento del Quindío como ofendido por razonamientos contenidos en el fallo que se encuentra a su disposición. Pues bien, al no haberse afectado de manera directa el erario del departamento del Quindío (...), se releva a esta entidad territorial de ser destinatario a cualquier modalidad del vehículo que ustedes requieren descargar del sistema SPOA (...).

- . No obstante, para el 19 de febrero de 2008, Fiduprevisora S.A. había conceptuado ante el departamento que, de conformidad con la cláusula vigésima séptima del contrato de encargo fiduciario N° 01 de 2001, no existiría transferencia del dominio de los recursos entregados para su administración, por lo cual era claro que el departamento del Quindío era “*el único propietario de los dineros*”, de suerte que únicamente esa entidad estaba legitimada para intervenir en calidad de “*víctima*” en el proceso penal mencionado (fls. 813-814, c.2).



- El 1 de agosto de 2008, la Contraloría General del Departamento del Quindío dispuso archivar la indagación preliminar adelantada por los anteriores hechos, decisión que motivó en los siguientes términos:

[E]n el caso en investigación, los dineros sustraídos por medios fraudulentos por parte del ex funcionario Mauricio Alejandro Bedoya Jiménez, se encontraban bajo la administración de la compañía Fiduciaria La Previsora y no en las arcas del departamento del Quindío, por lo tanto, hasta que no se liquide el contrato de encargo fiduciario N° 01 de 2001, no se tendrá claro si el departamento del Quindío sufrió detrimento patrimonial (...).

2.2. Régimen jurídico del contrato de encargo fiduciario N° 01 de 2001

De conformidad con el artículo 29, numeral 1 – literal b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), el encargo fiduciario es uno de los negocios que la ley permite celebrar a las sociedades autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia y consiste en la entrega, sin transferencia de dominio, de determinados recursos para *“la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece”*¹¹.

La misma normativa -EOSF- señala en el artículo 146-1 que a los encargos fiduciarios les son aplicables *“las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato”*, siempre que en ambos casos las reglas allí contenidas sean compatibles con la naturaleza propia de esa figura y no se opongan a las regulaciones del estatuto financiero.

¹¹ La misma norma dispone, en el literal a), que esas mismas sociedades autorizadas por la Superintendencia del ramo pueden fungir como fiduciarias *“según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio”*, que regula precisamente la *fiducia mercantil*, caracterizada por la transferencia del dominio de los recursos bajo la figura del patrimonio autónomo. Por tanto, al preverse en el indicado estatuto la autorización para celebrar tanto la fiducia mercantil como el encargo fiduciario, se hace referencia a dos figuras diferentes, siendo solo en la primera de estas que opera la transferencia de la propiedad de los recursos, por disponerlo así expresamente la norma mercantil regulatoria del negocio. Al respecto, la Superintendencia Bancaria (luego transformada en la que hoy se denomina Superintendencia Financiera), en la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, precisó: *“[S]e entiende por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica (...). Dentro de este concepto se incluyen la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen o sustituyan. Cuando haya transferencia de la propiedad de los bienes se estará ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio. Si no hay transferencia de la propiedad se estará ante un encargo fiduciario”* (resaltados fuera de texto).



Ahora bien, el Decreto 810 de 1998 determinó la necesidad de establecer patrimonios autónomos “o encargos fiduciarios” por parte de las entidades territoriales, para el pago de pensiones a su cargo, bien porque les correspondiera hacerlo directamente, o porque tales entidades hubieran sido sustituidas por los fondos de pensiones públicas del orden territorial¹². En efecto, el Decreto 1296 de 1994 autorizó la creación de los indicados fondos¹³ y, en el artículo 3, dispuso que los mismos serían “cuentas especiales, sin personería jurídica, adscritas a la respectiva entidad territorial (...), cuyos recursos se administrarán mediante encargo fiduciario”.

En cuanto a la sujeción al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de los encargos fiduciarios celebrados por entidades territoriales para la administración de los recursos destinados al pago de pensiones, se tiene en primer término que, al tenor del artículo 8 del Decreto 810 de 1998¹⁴, la selección de las administradoras de los patrimonios y encargos fiduciarios allí regulados se somete a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

¹² Indicó el artículo 1 del decreto: “Con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus bonos pensionales y de las cuotas partes que les correspondan por bonos y pensiones reconocidas con efectividad posterior a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, las entidades territoriales y sus descentralizadas que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y que no hubieren sido sustituidas por fondos de pensiones públicas del orden territorial, deberán constituir patrimonios autónomos o encargos fiduciarios, de acuerdo con las reglas del presente decreto.

También deberán constituirse patrimonios autónomos en los términos del presente decreto cuando se trate de proveer recursos para el pago de obligaciones pensionales a cargo de las entidades sustituidas por los fondos de pensiones públicas del orden territorial, de conformidad con el numeral 5 del Artículo 5° del Decreto 1296 de 1994 y demás normas pertinentes.

Las entidades que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto se encuentren desarrollando las actividades mencionadas en este artículo, deberán ajustarse a las reglas aquí previstas”.

¹³ Señaló la normativa: “Artículo 1. El presente Decreto tiene por objeto establecer el régimen general de los fondos departamentales, distritales o municipales de pensiones públicas, que sustituyan el pago de pensiones de las entidades territoriales, cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos insolventes, en los respectivos niveles territoriales”.

“Artículo 2. Autorízase la creación de fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas, que se denominarán ‘Fondos de Pensiones Territoriales’, a más tardar el 30 de junio de 1995, en concordancia con lo establecido en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993”.

¹⁴ “La selección de las entidades administradoras de los patrimonios y encargos regulados en el presente decreto se someterá a las disposiciones de la Ley 80 de 1993. Así mismo, las entidades contratantes observarán los principios consagrados en el Estatuto Orgánico del Presupuesto”.

Es de anotar que la Ley 549 de 1999, que reguló la financiación del pasivo pensional de las entidades territoriales y creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, no estableció reglas sobre la contratación adelantada para el pago de esas prestaciones en los departamentos, de modo que ni en esa ley ni en sus decretos reglamentarios se dispuso la exclusión de los contratos de encargo fiduciario como el que es materia de controversia, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.



A su vez, la Ley 80 mencionada dispone en el artículo 32-5:

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias (...).

PARÁGRAFO 1°. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades (las negrillas son de la Sala).

Para la época de ocurrencia de los hechos, la norma en cita estaba reglamentada por el Decreto 679 de 1994, cuyo artículo 21, teniendo en cuenta lo señalado en las disposiciones transcritas, precisó que, en efecto, los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, aseguradoras e instituciones financieras de carácter estatal, dentro del giro ordinario de sus negocios, no se someterían al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de modo que no se regulaban por la Ley 80 los contratos celebrados por tales estamentos para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por la normativa financiera¹⁵.

Sin embargo, estableció en el párrafo 1:

Los negocios fiduciarios que celebren las entidades estatales están sujetos a las disposiciones contenidas sobre el particular en la Ley 80 de 1993. Las sociedades fiduciarias de carácter estatal sólo deberán dar aplicación a dichas disposiciones cuando se trate de negocios fiduciarios que celebren con entidades estatales.

¹⁵ *De conformidad con lo previsto en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones de dicho estatuto, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. Por tanto no estarán sujetos a dicha ley los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (...)*”.



Se desprende de todo lo anterior que el encargo fiduciario N° 01 del 3 de octubre de 2001 se regula por las normas comerciales y financieras aplicables, e igualmente, por la Ley 80 de 1993, no porque el artículo 32-5 haya previsto esa clase de negocios para la administración de los recursos vinculados a los contratos celebrados por las entidades estatales -como lo fundamentaron las partes en el acuerdo de voluntades materia del presente juicio-, ya que ese objeto no guarda relación con el pago de conceptos pensionales, sino porque de conformidad con el inciso segundo del mismo artículo 32-5 de la Ley 80 de 1993, y su norma reglamentaria referida, los negocios fiduciarios celebrados por las entidades del Estado se someten al estatuto de contratación pública, sin perjuicio de que, por regla general, los contratos de las sociedades fiduciarias de carácter estatal, celebrados dentro del giro ordinario de sus negocios, no están sujetos a esa codificación.

Por tanto, será bajo tales normas jurídicas, incluida la Ley 80 de 1993, que será examinado el asunto sometido a consideración de la Sala.

2.3. Análisis del caso concreto

Vistos los hechos que fueron demostrados en el proceso, la Sala advierte que en el presente caso no se dan los elementos para establecer el incumplimiento que en la apelación -y en la demanda- se le atribuye a la sociedad Fiduprevisora S.A.

Si bien las estipulaciones contractuales aceptadas expresamente por las partes señalaban que la fiduciaria respondería hasta por culpa leve en la ejecución de sus obligaciones, lo cierto es que ello no implicaba que toda irregularidad se le pudiera imputar a la contratista, merced al grado de confianza y diligencia exigibles por la naturaleza del negocio fiduciario, pues en las mismas cláusulas también se estableció que la firma hoy demandada no sería responsable por las anomalías que tuvieran ocurrencia en el contrato, si estas se generaban exclusivamente en la información entregada por el departamento del Quindío, supuesto que se concretó con el fraude cometido por el servidor vinculado a la oficina de Talento Humano de la entidad territorial.

La actuación desplegada en esa dependencia de la administración departamental, consistente en la elaboración y remisión de actos administrativos falsificados para el pago indebido de devoluciones de aportes pensionales, no se le podía trasladar a Fiduprevisora S.A., pues las obligaciones de esa firma, relacionadas con las



medidas de seguridad y de cautela, no se extendían a la vigilancia de la conducta de los servidores del departamento ni al seguimiento de protocolos fundados sobre la base de desconfiar de los actos administrativos que, dotados de presunción de legalidad, le fueran entregados a Fiduprevisora S.A. con la orden perentoria de pago de las prestaciones. Entenderlo de esa manera sería obrar en contravía del principio de presunción de la buena fe, cuestión que no puede tener cabida en ningún análisis jurídico de cualquier contrato llevado a juicio.

En el proceso no se demostró que Fiduprevisora S.A. estuviera obligada a verificar los requisitos para acceder a la prestación después de que le fuera remitido el acto administrativo ya firmado por la autoridad competente, y las cláusulas del contrato no ameritan una interpretación en ese sentido; pues aunque ciertamente la fiduciaria debía, en general, confrontar la información recibida con la base de datos ya existente, esta maniobra operaba con el fin de corroborar la identidad del beneficiario previamente inscrito en nómina, lo que no podía tener lugar cuando se tratara de devoluciones de aportes a personas que, precisamente por no tener la condición de pensionadas, no podían figurar en la nómina de la entidad. Así entonces, no se probó que para estos últimos eventos la sociedad administradora debiera contrastar información alguna con la resolución de reconocimiento entregada por el departamento junto con la orden de pago inmediato.

No está de más anotar que, para los casos de devolución de aportes pensionales - que fue la prestación utilizada en los reconocimientos fraudulentos-, no se fijaron pautas ni herramientas específicas para la corroboración de información preexistente, como en el caso de las pensiones ordinarias. El Manual de Procedimientos entregado por Fiduprevisora S.A. contenía, como pauta más cercana para esa eventualidad, los pasos que debían seguirse para el pago de bonos pensionales, trámite en el cual era directamente el departamento quien reconocía la prestación y solicitaba a la fiduciaria el desembolso respectivo enviando el oficio con el acto de reconocimiento. De conformidad con el manual, en esta cadena de actividades no se exigió la verificación de información en ninguna base de datos, dado que la información previa registrada en los sistemas de Fiduprevisora era referente a la nómina de pensionados, pero no a los beneficiarios de prestaciones de un solo reconocimiento y pago, como determinadas entregas de bonos pensionales o las devoluciones de aportes.



Se suma a lo anterior el hecho de que, entregado a Fiduprevisora S.A. el acto administrativo de reconocimiento, la veracidad de su contenido no podía ser puesta en duda por la contratista, ya que estaba dotado de presunción de legalidad. Por el contrario, la Fiduciaria tenía el deber de reputar cierto lo señalado en cada resolución, no solo por el mencionado atributo sino también con fundamento en la buena fe prevista en la Constitución Política, de modo que no podía entenderse como parte de las obligaciones de la fiduciaria, investigar o indagar sobre la procedencia o no de un reconocimiento ya hecho en un acto administrativo, porque además, ese aspecto le correspondía al departamento, como autoridad administrativa titular de la obligación de pago de la prestación pública.

Ahora bien, la parte actora alega en la apelación que en el contrato estaban consignadas otras obligaciones supuestamente incumplidas por Fiduprevisora S.A., consistentes en reportar inconsistencias y mantener vigentes las garantías del contrato, y que en el proceso debió declararse la responsabilidad de la demandada, por no haber demostrado ésta el cumplimiento de tales cometidos. Sin embargo, lo que debió ser materia de prueba en el juicio es que el daño consistente en la defraudación patrimonial por los pagos ilícitos de devoluciones de aportes fue consecuencia del proceder o de la omisión de Fiduprevisora S.A., cuestión que no fue establecida en el proceso, ya que el detrimento provino de la conducta de un servidor del departamento del Quindío, lo cual, se reitera, no le resultaba imputable a la entidad fiduciaria, como tampoco podía serlo, dicho sea de paso, a las pólizas de infidelidad que la sociedad demandada debía constituir, pues el amparo de estas recaía sobre la conducta de sus propios empleados y no sobre el proceder del personal del departamento.

Así las cosas, aunque es palmario que Fiduprevisora S.A. debía adoptar medidas de cautela para evitar fraudes, ello no pasaba por garantizar que los servidores del departamento del Quindío se abstuvieran de obrar en forma indebida o de falsificar documentación, cuestión esta que escapaba al objeto social de la sociedad fiduciaria y al sentido mismo de la obligación mencionada. El reconocimiento de prestaciones como las que fueron irregularmente cobradas ante Fiduprevisora le correspondía al departamento del Quindío, y era este quien suministraba a la fiduciaria la información de los sujetos acreditados y reconocidos como legitimados para recibir el beneficio. En esa medida, de la naturaleza misma del contrato de encargo fiduciario se desprende que los fraudes que Fiduprevisora debía evitar eran aquellos que configuraran riesgo para la actividad propia de esa administradora, es



decir, para el momento del pago, pero no para el reconocimiento previo hecho por el departamento como autoridad administrativa.

A lo anterior se agrega el hecho no menos relevante, de que fue Fiduprevisora S.A. el estamento que adelantó las indagaciones sobre la pretendida vinculación laboral de una de las falsas beneficiarias y detectó las anormalidades, lo que demuestra que, justamente dando alcance a sus obligaciones, la sociedad fiduciaria observó una conducta diligente, que evitó que se siguieran presentando más cobros fraudulentos. En contrapartida, cabe anotar que el departamento del Quindío se abstuvo de atender el deber de mitigación del daño¹⁶, puesto que no acudió al proceso penal para procurar la recuperación de los recursos perdidos, dado que no se reconoció desde el comienzo como titular de los mismos -lo que también hizo nugatorio el proceso fiscal adelantado por la Contraloría General del Quindío-, pese a que el contrato de encargo fiduciario establecía expresamente que la entrega de los dineros a la contratista no implicaba transferencia de dominio.

En suma, se tiene que el perjuicio patrimonial irrogado al departamento provino exclusivamente de las irregularidades surgidas en sus propias dependencias, de manera que, en los términos del parágrafo tres de la cláusula tercera contractual, la sociedad fiduciaria no podía ser responsable por la anormalidad señalada, menos aún cuando no se probó que dicho fraude hubiera tenido nexos causales con la acción u omisión de la demandada, en el marco de sus obligaciones contractuales.

Por tanto, se confirmará la sentencia apelada, en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

3. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*–, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para

¹⁶ El principio de la buena fe, imperante en nuestro ordenamiento, le impone a la víctima del daño mitigar los efectos del mismo, es decir, procurar evitar que el menoscabo continúe, se agrave o termine generando un daño mayor. Como lo anota VÉLEZ: “[S]e ha entendido tradicionalmente que existe una íntima relación entre el principio de la buena fe y la existencia del deber de la víctima de mitigar los daños sufridos (...). La conducta que cualquiera esperaría es que esa víctima adopte las medidas razonables que contribuyan a la disminución de los efectos nocivos del hecho dañoso (...). No adoptar la conducta que razonablemente podría esperarse de la víctima, violenta el principio de la buena fe (...) [y] por lo demás, pone también en entredicho la lealtad que ella debe observar respecto del agente causante del daño y de alguna manera, la deslegitima para reclamar los perjuicios originados en tal omisión” (VÉLEZ OCHOA, Ricardo. *La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro*. Universidad Javeriana – Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2013).



resolver sobre la procedencia de la condena en costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERA: CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida el 19 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Quindío.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF