

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Rad. Núm.: 05001 2331 000 **2008 00306 01**

Actor: BANCO DE OCCIDENTE S.A.

Demandado: ESE RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia del 3 de septiembre de 2009, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda interpuesta contra unos actos administrativos proferidos por la ESE RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN.

I.- COMPETENCIA

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia:

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del C.C.A. el BANCO DE OCCIDENTE S.A., actuando a través de apoderado, solicitó al Tribunal que en proceso de primera instancia accediera a las siguientes

2.2. Pretensiones

“5.1. Declarar la nulidad de la resolución ROA No. 29-07 del 21 de agosto de 2007 proferida por la ESE RAFAEL URIBE URIBE en liquidación, actuando por conducto de Fidupervisora S.A. en su calidad de liquidador.

5.2. Declara la nulidad de la resolución RPO 056-07 del 26 de octubre de 2007 proferida por la ESE RAFAEL URIBE URIBE en liquidación, actuando por conducto de Fidupervisora S.A. en su calidad de liquidador.

5.3. Como consecuencia de lo anterior, restablecer en su derecho al BANCO DE OCCIDENTE, y por ende:

5.3.1. Aceptar como un crédito del SEGUNDO ORDEN, con cargo a la masa de liquidación, a favor del BANCO DE OCCIDENTE S.A., la reclamación oportunamente radicada en cuantía de más de \$6.251.697.427.oo.

5.3.2. Disponer los actos de notificación de la decisión así tomada.”¹

2.3.- Hechos

a.- El BANCO DE OCCIDENTE S.A. y la ESE RAFAEL URIBE URIBE celebraron un contrato de operación de crédito. Como consecuencia de tal operación, la deudora otorgó Pagaré a la orden número 4050007619 por un valor de \$ 7.500.000.000, cuyo vencimiento se pactó para el 9 de diciembre de 2006, conviniéndose una tasa anual nominal equivalente a la DTF + 300 mes vencido, equivalente a DTF efectiva anual + 3.308 (E.A.)

De la mencionada operación quedó un saldo por pagar así: Por concepto de capital la suma de \$ 6.250.000.000; por concepto de intereses compensatorios la suma de \$ 49.419.113 liquidados hasta el 14 de marzo de 2007; por los intereses moratorios que se causen a partir del 15 de marzo de 2007 y hasta cuando se verifique el pago total.

b.- Informa la actora que celebró contrato de empréstito, tesorería y pignoración con la ESE a favor del banco sobre los derechos económicos provenientes de los ingresos mensuales que la ESE Rafael Uribe Uribe recibe por concepto de los servicios prestados al ISS, y sobre los provenientes de los contratos o conciliaciones que tienen lugar por la aplicación del artículo 24 del Decreto No. 1750 de 2003 hasta por el 120% del servicio mensual de la deuda que se origina en desarrollo del contrato de empréstito a que se ha aludido.

c.- La ESE RAFAEL URIBE URIBE fue sometida a liquidación por el Gobierno Nacional siendo designada como liquidadora la Fiduciaria La Previsora S.A. mediante Decreto 405 de 2007.

¹ Folio 2 del Cuaderno del Tribunal.

d.- Señaló que mediante escritura pública número 5956 del 27 de abril de 2007 el representante legal de FIDUPREVISORA S.A. otorgó poder general, amplio y suficiente a Reynel Fernando Bedoya Rodríguez para que en nombre y representación de esa sociedad ejecutara los actos y contratos inherentes a la liquidación de la ESE RAFAEL URIBE URIBE.

e.- El apoderado de la sociedad liquidadora efectuó el emplazamiento de todas las personas que se consideraran con derecho a formular reclamaciones contra la ESE RAFAEL URIBE URIBE.

f.- El 26 de abril de 2007 el BANCO DE OCCIDENTE S.A., presentó oportunamente una reclamación radicada con el número 1026.

g.- Mediante **Resolución ROA 029-07 del 21 de agosto de 2007** la entidad liquidadora decidió sobre la reclamación citada en el literal anterior aceptando el crédito como de quinto orden con cargo a la masa de la liquidación por un valor de \$ 6.251.697.427.

h.- Contra la anterior decisión el demandante interpuso recurso de reposición solicitando que se calificara el crédito como de segundo orden, siéndole resuelto mediante Resolución RPO 056-07 del 26 de octubre de 2007, en el sentido de rechazarla.

1.3.- Normas violadas

La demandante considera que con la expedición del acto acusado fueron violadas el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 2409, 2422, 2494 a 2511 del Código Civil, Ley 1105 de 2006, artículo 3º sección segunda de la Ley 2681 de 1991, artículo 3º del Decreto 2360 de 1993, artículo 41 de la Ley 80 de 1993 y artículos 11 y 12 de la Ley 358 de 1997.

1.4.- Concepto de Violación

Primer cargo: Violación del artículo 29 de la Constitución Política

La demandante señala que el liquidador se apartó de la normativa comercial y civil y de las disposiciones aplicables al proceso liquidatario, al restringir en forma ilegal los derechos que como acreedor prendario había adquirido por virtud del contrato de empréstito y la pignoración, declarándolo como un simple acreedor quirografario.

Para el efecto, citó el numeral 3 del artículo 18 de la Ley 1105, manifestando que la demandada se había apartado de los mandatos allí contenidos.

Segundo cargo: Falta de competencia

Asegura que el señor Reynel Bedoya Rodríguez designado como apoderado general y liquidador de FIDUPREVISORA S.A. y liquidador

de la ESE RAFAEL URIBE URIBE, quien expidió los actos que aquí se censuran, no se encontraba legalmente facultado para fungir como tal.

Explica lo anterior diciendo que la facultad de liquidación se confirió al señor Bedoya por virtud de un poder general entregado mediante escritura pública y no por la delegación que debe hacer el Presidente de la república en cumplimiento de lo previsto en el artículo 5º de la Ley 1105 de 2006, cuestión esta que repugna con la juridicidad.

Así mismo, aduce que el artículo 4º de la Ley 1105 de 2006 no facultaba al liquidador para designar a su vez otros liquidadores, por cuanto allí sólo se autoriza para contratar a personas que le ayuden en la realización de actividades especializadas tales como la contabilidad, asesoría financieras o de recaudo por medio de abogados, etc.

En ese mismo sentido indica que cuando se designa un apoderado para adelantar las gestiones relativas a la liquidación no se desvincula de la responsabilidad al representante legal de la Fiduciaria en cuanto a la expedición de los actos administrativos. Afirma que la designación de apoderado general para efectuar la liquidación tampoco puede entenderse como un acto de delegación, pues no reúne los requisitos previstos en los artículos 9 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

Tercer cargo: Violación de los artículos 2409, 2422 a 2511 del Código Civil y de los artículos 1200 a 1220 del Código de Comercio

Asegura que contrario a lo que concluyó la entidad demandada en los actos administrativos impugnados, la actora si cumplió con el requisito previsto en el artículo 1213 del Código Civil, pues informó el lugar en donde estarían ubicados los bienes pignorados en el contrato de prenda suscrito por el BANCO DE OCCIDENTE S.A. y la ESE RAFAEL URIBE URIBE. Para demostrar su dicho transcribió la cláusula sexta del contrato de empréstito de tesorería y pignoración celebrado por estas dos entidades el 9 de noviembre de 2006 y concluyó que allí manifestó el lugar donde se encontraba ubicado el bien, que no era otro que en la cuenta número 405-06647-3 del Banco de Occidente.

Asevera que por la naturaleza de los bienes que componían la prenda no era concebible que se dispusiera de una bodega o un lugar físico donde pudiesen ser conservados los billetes.

En cuanto al argumento de que el contrato prendario celebrado no implicaba la entrega de la cosa dada en prenda, el apoderado de la actora estimó que tal apreciación era errada, como quiera que la prenda recaía sobre los bienes que son resultado de la explotación económica del contrato de prestación de servicios celebrado entre el ESE RAFAEL URIBE URIBE y el ISS.

De tal modo, al ser depositados los recursos económicos en la cuenta número 405-06647-3 del BANCO DE OCCIDENTE, el acreedor prendario podía efectuar pagos parciales o abonos a la obligación

adquirida por la entidad en liquidación, tras la conversión de esos derechos en un depósito de dinero, en la forma que la ley mercantil contempla para el contrato de cuenta corriente.

Teniendo en cuenta lo anterior y en aplicación de lo que previene los ordinales 1.1. y 1.5. del Capítulo Segundo de la Circular Básica Jurídica 07 expedida por la Superintendencia Bancaria, debe entenderse que no es exactamente el dinero el que se encuentra sometido a las resultas de la garantía real, sino que al efectuarse el depósito de dinero, éste se subroga en las condiciones que traían los derechos económicos pignorados, operando *“una típica conversión del negocio jurídico que dio origen a la garantía, tornándose en depósito de dinero respecto del cual es procedente aplicar el procedimiento señalado en el artículo 1173 del Código de Comercio”*.

Cuarto cargo: Violación de las normas que rigen el contrato de prenda mercantil. Subasta

Señala la actora que no es necesaria la subasta, remate, adjudicación y mucho menos el avalúo de los bienes entregados en prenda por la demandada al BANCO DE OCCIDENTE S.A., pues debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 522 del Código de Procedimiento Civil, según el cual cuando lo embargado es dinero, una vez ejecutoriado el auto que apruebe cada liquidación se ordenará de oficio o a solicitud de parte su entrega al acreedor hasta la concurrencia del valor liquidado.

Aduce que no es de la naturaleza ni de la esencia de la prenda mercantil que el objeto o cosa dado u ofrecido por el deudor al acreedor prendario se venda en pública subasta o se adjudique previo avalúo de expertos, pues de conformidad con el artículo 681 numeral 11 ibídem, lo procedente es embargar y retener el dinero depositado para proceder posteriormente a entregar la suma equivalente a la liquidación del crédito y las costas a favor del acreedor.

Indica que el liquidador también se había equivocado cuando requirió la presencia de un experto evaluador para el cálculo del precio de los derechos económicos provenientes de los ingresos mensuales de la entidad en liquidación, como quiera que esos derechos económicos se materializan en la consignación de los recursos en la cuenta 405-06647-3, convirtiéndose en depósitos a pagar al empréstito otorgado por el Banco a la ESE.

Quinto cargo: Violación de los artículos 2494 a 2511 del Código Civil

La demandante recuerda que el acreedor prendario se encuentra ubicado dentro de los créditos de segundo orden de conformidad con lo que dispone el artículo 2494 del Código Civil, y que siendo ello así, los actos acusados vulneran de manera flagrante esa disposición cuando ubican dentro de la quinta clase al BANCO DE OCCIDENTE S.A., equiparándolo a los quirografarios cuando en realidad el banco es

acreedor prendario de la ESE RAFAEL URIBE URIBE, lo cual modifica no sólo el acuerdo convencional sino las normas sustanciales sobre privilegios de créditos y ubicación de los mismos.

Sexto cargo: Violación de la Ley 1105 de 2006

Anota que de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, adicionado por el artículo 18 de la Ley 1105 de 2006, el liquidador de una entidad pública deberá cancelar las obligaciones pendientes a cargo de la masa de liquidación, previa disponibilidad presupuestal. En el numeral segundo de tal disposición, se determinó que *“En el pago de las obligaciones se observará la prelación de créditos establecida en las normas legales...”*.

En atención a ello, es deber del liquidador respetar y observar los casos de prelación legal de créditos, como sucede con los acreedores prendarios, situación ésta que no fue reconocida en las Resoluciones ROA 029-07 del 21 de agosto de 2007 y PRO 056-07 del 26 de octubre de ese mismo año en favor del Banco de occidente S.A., que reitera, es un acreedor prendario.

Séptimo cargo: Violación del artículo 3º, Sección Segunda de la Ley 2681 de 1991; del artículo 3º del Decreto 2360 de 1993; del artículo 41 de la Ley 80 de 1993; y de los artículos 11 y 12 de la Ley 358 de 1997.

Sostiene que existen varias normas que radican en cabeza de las entidades territoriales y sus descentralizadas la facultad de constituir garantías a favor de sus acreedores. Para el efecto trajo a colación el contenido de las normas que citó en este cargo como vulneradas, en las que se evidencia tal facultad.

Octavo cargo: Violación de los artículos 532, 1173, 1200, 1207 y siguientes del código de Comercio; 2409 y siguientes, 2494, 2497-3 y siguientes del Código Civil – Falsa Motivación.

Asevera que los actos acusados se encontraban falsamente motivados al concluir sin fundamento alguno que la garantía prendaria es de quinta clase, pues pese a que citan la aplicación de los artículos 2409 y siguientes, 2494, 2497-3 y siguientes del Código Civil, ignoran en forma ostensible su contenido, esto es, el privilegio que otorga la ley al acreedor prendario al ubicarlo en la segunda clase de créditos.

Explica su afirmación con los siguientes tres argumentos: (i) de conformidad con los artículos 1200 y 1207 del Código de Comercio, pueden gravarse con prenda *“toda clase de bienes muebles”* necesarios para la explotación económica, destinados a ella o resultado de la misma y como el dinero es un bien mueble, la pignoración a favor del Banco por la ESE RAFAEL URIBE URIBE fue ajustada al ordenamiento jurídico.

(ii) Reafirma el anterior análisis expresando que en la ley mercantil la

prenda puede recaer sobre los denominados “*activos vinculantes*” (arts. 532 y 516 del Código de Comercio), esto es, aquellos bienes muebles que no permanecen estáticos sino que se van o moviendo o circulando en la empresa, como en efecto ocurre en el caso de los bienes pignorados por la ESE a favor del BANCO DE OCCIDENTE, esto es, los derechos económicos o bienes derivados de la explotación económica del contrato de prestación de servicios proporcionados por tal entidad al ISS, que se concretan en recursos económicos o en otras palabras, en el dinero, que se consigna en la cuenta corriente designada No. 405-06647-3 del Banco de Occidente.

En ese mismo orden anotó, que el depósito de sumas de diner en garantía está expresamente autorizado por el artículo 1173 del Código de Comercio, lo cual convalida el que la prenda pueda recaer sobre sumas de dinero.

III.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando a través de apoderada la **ESE RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aduciendo que los actos administrativos gozan de plena validez.

Señala que no puede aceptarse al BANCO DE OCCIDENTE S.A. como acreedor prendario, y por lo tanto, su crédito no puede tenerse en el segundo orden, porque el contrato suscrito por la demandada con el

actor fue de pignoración de créditos, y no, reiteró, de prenda.

Ahora, como la obligación prendaria de la ESE no existe en relación con el Banco de Occidente, el pago del crédito debe efectuarse de conformidad con los artículos 20 y 21 del Decreto Ley 254 de 2000 y los artículos 26, 39, 39, 40, 41 y 42 del Decreto 2211 de 2004, para luego concluir que el pago de las obligaciones reconocidas por el liquidador se hará respetando el contenido de esas disposiciones.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público no rindió concepto en el proceso de la referencia.

V.-LA SENTENCIA APELADA

El **Tribunal Administrativo de Antioquia**, mediante sentencia del 26 de enero de 2011 negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

5.1.- Desestimó el cargo de falta de competencia del liquidador de la ESE RAFAEL URIBE URIBE para proferir los actos administrativos acusados, manifestando que esta entidad tiene un régimen propio que lo habilita a proferir los actos censurados de conformidad con los artículos 1º de la Ley 1105 de 2006 y el 4º del Decreto 405 de 2007.

5.2.- En relación con los cargos de vulneración de las normas de prelación de créditos señaló que el contrato de prenda a que alude el Código Civil (artículos 2508 y 2497) es muy diferente al de pignoración de créditos, por cuanto aquel requiere que la cosa que sirve de garantía se encuentre en poder del acreedor. Así, de no ser satisfecha la obligación por parte del deudor, la cosa puede rematarse en subasta y pagar el crédito con el valor que resulte de esa operación.

Sin embargo, como esta situación no es la que acontece en el plenario, no le son aplicables las disposiciones sobre garantía prendaria que se encuentran en el mencionado código.

De la lectura de esas disposiciones concluyó que los créditos de segunda clase cobijan eventos en los cuales el acreedor está en poder de "la cosa" que sirve de garantía a su crédito y que de no ser satisfecho pueda procederse al remate de los mismos, en subasta.

Así las cosas, la prenda a que alude el Código Civil, es muy diferente a la pignoración de créditos que se convino en la cláusula sexta del contrato de empréstito celebrado entre el Banco y la ESE. Agregó que la cláusula séptima determinaba sistemas especiales para que se hiciera efectiva tal pignoración, razón ésta adicional para afirmar que no le son aplicable las disposiciones de garantía prendaria previstas en el Código Civil.

Señaló que aún en el evento de analizarse el contrato a la luz de lo dispuesto en el Código de Comercio la situación no varía, pues allí se establece claramente que la prenda para hacerse efectiva (no dispone de la voluntad del acreedor), sino que la misma está sujeta a subasta pública, lo cual es imposible tratándose de dinero en efectivo. El artículo 1203 del enunciado código es del siguiente tenor:

“Artículo 1203: INEFICACIA DE ESTIPULACIONES. Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno.

Y la forma prevista en el Código de Comercio es también la pública subasta”

Con todo, el Tribunal Administrativo de Antioquia concluyó que los actos administrativos acusados no quebrantaban el artículo 12 de la Ley 358 de 1997 ni el 18 de la Ley 1105 de 2006, como quiera que actuó en total apego a las normas sobre prelación de los créditos para el pago de las obligaciones.

Ahora, pese a que el contrato de empréstito celebrado entre las partes hubiese tenido como garantía la pignoración de rentas, para el *a quo*, no son aplicables las normas del Código Civil y del Código de Comercio que lo califican como una prenda, y por lo tanto, no podría ser considerado como un crédito de segundo orden sino de quinto como bien lo calificó el Liquidador de la demandada.

VI. EL RECURSO DE APELACION

6.1.- El **demandante** inconforme con la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 26 de enero de 2011, controvirtiendo en primer lugar los argumentos esbozados por el Juzgador de Primera Instancia cuando resolvió el cargo de falta de competencia, pues estimó que era un desacierto afirmar que la ESE demandada tiene un régimen especial de liquidación, pues el Decreto 405 de 2007 fue dictado con base en una disposición general, cual es la Ley 1105 de 2006. De la lectura del artículo 2º del citado decreto se puede concluir lo anterior:

“Artículo 2º. Régimen de liquidación. Por tratarse de una Empresa Social del Estado del sector descentralizado del orden nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, la liquidación de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, se someterá a las disposiciones del Decreto-ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, las normas que lo modifiquen, sustituyan o reglamenten y a las especiales del presente decreto.” (Resaltado del recurrente).

6.2.- Ahora bien, como el artículo 5º de la Ley 1105 de 2006² determina

² “ARTÍCULO 5o. El artículo 5º del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

Artículo 5º. Del *liquidador*. El liquidador será de libre designación y remoción del Presidente de la República; estará sujeto al mismo régimen de requisitos para el desempeño del cargo, inhabilidades, incompatibilidades, responsabilidades y demás disposiciones previstas para el representante legal de la respectiva entidad pública en liquidación.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá ser designado como liquidador quien se haya desempeñado como miembro de la junta directiva o gerente o representante legal de la respectiva entidad o en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.

que el liquidador será de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y para el caso bajo examen fue designado el Representante Legal de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en atención a lo que dispuso el artículo 4º del Decreto 405 de 2007³, mal podía el señor Rodolfo Amaya Correa, representante de FIDUPREVISORA arrogarse facultades presidenciales y otorgar poder general a otra persona para que ejecute las funciones administrativas tendientes a liquidar a la ESE RAFAEL URIBE URIBE.

6.3.- De otra parte, en lo que hace al cargo de los derechos del acreedor prendario, sostuvo que el Tribunal había echado de menos lo que establece el Decreto 2360 de 1993, que contempla como admisible la garantía llamada “*pignoración de rentas de las entidades descentralizadas territoriales*”, es decir, que no se trata de una disposición contractual sino de una norma que permite esa figura mercantil.

6.4.- Al respecto, aseveró que no se estaba hablando de una prenda sobre efectivo sino sobre un derecho a percibir algo, derecho éste que

El Presidente de la República fijará la remuneración y régimen de prestaciones de los liquidadores teniendo en cuenta los objetivos y criterios señalados en la Ley 4ª de 1992 y el cumplimiento de las metas fijadas para el desarrollo de la liquidación.”

³ “Artículo 4º. *Dirección de la liquidación.* El Liquidador de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, será Fiduciaria La Previsora S. A., Fiduprevisora S. A., quien deberá suscribir el correspondiente contrato con el Ministerio de la Protección Social, el cual se pagará con cargo a los recursos de la entidad en liquidación.”

le asiste a la entidad descentralizada, en este caso, a la ESE. Así, las rentas que se esperan percibir no equivalen al dinero que actualmente se encuentre depositado en la cuenta, sino al que se espera recibir por concepto de la remuneración por la prestación de un servicio o la venta de un bien.

Aseguró que limitar la existencia, validez, efectividad y teología de la prenda sólo a la posibilidad de remate, es una visión precaria del contenido de esa garantía real. Más aún en este caso, donde la efectividad de la garantía se afecta cuando se ordenó la supresión y liquidación del deudor, pues se traduce en que dicho deudor no podrá continuar prestando sus servicios y en que las rentas futuras no llegarán, circunstancia sobreviniente que no puede desmejorar más la situación del acreedor prendario.

6.5.- Respecto de la necesidad de tenencia de la cosa dada en prenda, el recurrente señaló que de aceptarse tal posición el acreedor hipotecario no podría tener el privilegio de ubicarse en la segunda clase tampoco, ya que para que exista garantía hipotecaria no es necesario que el acreedor tenga la cosa en su poder, siendo que la hipoteca no es otra cosa distinta que la prenda constituida sobre bienes inmuebles según el artículo 2342 del Código Civil.

Aclaró que la tenencia de la “cosa” no podía predicarse del dinero, sino de los derechos económicos que son susceptibles de ser transmitidos, incluso en venta pública (subasta), siempre que se continúe

desarrollando el objeto del deudor, es decir, que siga prestando sus servicios o vendiendo los bienes que produzca.

Será tan efectivo este tipo de garantía, que el Código de Procedimiento Civil prevé la posibilidad de embargo y secuestro de créditos u otros derechos semejantes y reglamenta la forma de llevarlos a cabo (artículo 681 numeral 4).

La recurrente recordó que los derechos económicos son una especie de bienes inmateriales; por lo tanto no sería posible, según lo expone el Tribunal, que exista un contrato de prenda sobre bienes inmateriales en materia mercantil, porque el *a quo* equipara esos bienes inmateriales a un subyacente material, del cual incluso duda que pueda ser rematado. Indicó que de acogerse esa tesis lo mejor que podría suceder es que desaparezca el contrato de prenda.

Por último, en cuanto a la posibilidad de que no pueda considerarse como garantía porque además es también un medio de pago, estimó que una cosa era la pignoración de las rentas, y otra, las autorizaciones que tiene el banco para debitar los dineros y pagarse el crédito directamente. En efecto, son dos instituciones diferentes, pero compatibles entre si.

En lo demás reiteró los argumentos que expuso en su escrito de demanda.

VII.- Oposición al recurso

La apoderada de la **ESE RAFAEL URIBE URIBE** se opuso a la prosperidad del recurso de apelación arguyendo que no existía fundamento jurídico alguno que llevara a pensar que el poder otorgado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. mediante escritura pública al señor REYNEL FERNANDO BEDOYA, para que en su nombre y representación ejecutara los actos y contratos inherentes al desarrollo de la liquidación fuera contrario a derecho.

Adicionalmente afirmó que el contrato suscrito entre el BANCO DE OCCIDENTE S.A., y la ESE RAFAEL URIBE URIBE era un contrato de empréstito, esto es, una operación de crédito que tiene por objeto dotar de recursos a las entidades estatales con plazo para su pago. La garantía del mismo fue la pignoración de la renta que consiste en comprometer el pago con los dineros que la entidad espera recaudar.

Por lo anterior, para la demandada no se trata de una garantía real como se afirma en la demanda, y por eso no es procedente acceder a la pretensión de considerarlo como un crédito de segundo orden.

VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del BANCO DE OCCIDENTE S.A. alegó de conclusión en los mismos términos en que presentó su demanda y el recurso de apelación.

IX.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público rindió concepto en el asunto, mostrándose partidario de confirmar la sentencia impugnada.

9.1.- Abordó el primer problema jurídico, es decir, el relativo a la falta de competencia del liquidador para emitir los actos que se censuran, sosteniendo que como quiera que la falta de competencia del Liquidador no fue aducida en sede administrativa, esto es, en la actuación administrativa ni en los recursos, no podía constituir un argumento para solicitar la nulidad de los actos en sede judicial; citó para ello una sentencia del 15 de septiembre de 2011 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso identificado con el número 2005-40528 y una sentencia del 16 de septiembre de 2010 expedida por la Sección Cuarta en el expediente número 2004-92189.

Adujo entonces que existía un indebido agotamiento de la vía gubernativa y solicitó se declare la inhibición con respecto a este cargo.

9.2.- En lo que hace a la falsa motivación de los actos que invoca el memorialista, se remitió al contenido de las cláusulas sexta y séptima del contrato de empréstito suscrito por el BANCO DE OCCIDENTE S.A. y la ESE RAFAEL URIBE URIBE, a lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera en su Capítulo Segundo y a lo que propuso el Concepto No. 96022778-1 del 16 de mayo de 1997 proferido por la Superintendencia Bancaria para concluir que cuando las partes convengan que la pignoración de rentas servirá como garantía y también como medio de pago, debe entenderse que se está frente a una figura contractual distinta a la prenda, denominada depósito en garantía, pues si la pignoración recae sobre derechos económicos, y además, estos derechos económicos que son depositados en la cuenta del

BANCO DE OCCIDENTE S.A. pueden servir para compensar las obligaciones adquiridas por la ESE, se está en presencia del citado negocio jurídico y no de la prenda como lo aduce el demandante.

Respaldo el anterior análisis en el contenido de los artículos 1203 del Código de Comercio y 2422 del Código Civil y en las interpretaciones que sobre los mismos ha hecho la Corte Suprema de Justicia según las cuales es una posición uniforme y pacífica la de afirmar que el acreedor prendario no puede disponer de la cosa prendada, como tampoco apropiársela por medios distintos de los autorizados por la ley. En tal orden, se tiene que el primer estatuto sanciona con nulidad absoluta una estipulación en ese sentido, en tanto que el Código de Comercio declara la ineficacia de tales convenios; incluso encuentra prohibidos todos aquellos pactos que autoricen al acreedor a conservar o enajenar en forma amigable la cosa prendada, en orden a satisfacer el crédito con atribución del dominio, o con el producto de la enajenación.

Cosa distinta es que el acreedor pueda vender en pública subasta la cosa dada en prenda, pues a más de ser una característica de dicho contrato, esta no supone apropiación.

Así las cosas, como las partes le han dado a la garantía pactada un alcance adicional y es el ser fuente de pago, lo que indica que se pactó no un contrato de prenda sino un depósito en garantía como se explicó inicialmente.

X.- LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

XI.- CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que el problema jurídico gira en torno a dilucidar dos aspectos: el primero, si la FIDUPREVISORA S.A. tenía o no competencia para otorgar válidamente poder a un tercero a efectos de que llevara a cabo todo el proceso de liquidación, y el segundo, resolver, si hay lugar a ello, si la calificación en quinto orden del crédito a favor del BANCO DE OCCIDENTE S.A., se ajustó al ordenamiento jurídico.

No obstante, es menester resolver la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa formulada por el Procurador Delegado ante esta Sección.

11.1.- Excepción por Indebido Agotamiento de la Vía Gubernativa

El Agente del Ministerio Público solicitó que se emitiera una decisión inhibitoria por indebido agotamiento de la vía gubernativa, pues la falta de competencia aducida en la demanda no fue expuesta en la actuación administrativa ni cuando el actor interpuso el recurso de reposición.

Pues bien, debe esta Sala recordarle al Delegado de la Procuraduría General de la Nación que esta postura ha sido ya modificada en varios fallos de esta Sección y de la Sala Plena, en los que se ha dispuesto que no es necesario que el demandante aduzca los mismos hechos o argumentos invocados en sede administrativa para que pueda acudir legítimamente ante la Jurisdicción, pues ello equivaldría a un desconocimiento del derecho de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

Es por ello, que la omisión que advierte el Ministerio Público no hace que se produzca una decisión inhibitoria por no haberse agotado debidamente la vía gubernativa.

Así se ha pronunciado la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo en esta materia, (Sentencia del 11 de diciembre de 2006, M.P. Martha Sofía Sanz Tobón; Exp. Núm.: 2001-00413):

“En primer lugar en relación con el agotamiento de la vía gubernativa, la Sala reitera la jurisprudencia expresada en diferentes sentencias⁴ en cuanto ha considerado que es procedente alegar causales de nulidad nuevas, no planteadas inicialmente en sede administrativa, porque si lo que la ley pretendiera al acudir ante la jurisdicción contenciosa fuera la reproducción de los argumentos expuestos en la vía gubernativa exigiría copia de los recursos interpuestos en lugar de exigir la demanda con los requisitos del C.C.A., por lo tanto la Sala se referirá a todos los cargos esgrimidos por el actor.

Lo antes dicho porque unos son las causales de revocabilidad de un acto administrativo y otras las de anulación, en donde estas últimas pueden ser propuestas ante esta jurisdicción contenciosa.”

En un fallo más reciente, esta Sala recogió la anterior tesis jurisprudencial:

“La jurisprudencia igualmente ha acuñado la figura del debido o indebido agotamiento de la vía gubernativa, como una forma de delimitar la comprensión material o sustancial de ese presupuesto de la acción en

⁴ Sentencia de 29 de octubre de 1999, C.P. Dr Delio Gómez Leyva, exp. 9557
Sentencia del 3 de marzo de 2005, C.P. María Claudia Rojas Lasso, ref 200100418-01.

comento, la cual aparece unificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia de 6 de agosto de 1991, expediente núm. S-145, consejera ponente doctora Clara Forero de Castro, con el siguiente alcance:

“Ese control administrativo es obligatorio, como se desprende del artículo 135 del C.C.A. y debe ser también real y efectivo.

Por esa razón, el artículo 52 del C.C.A. establece requisitos que deben cumplir los recurrentes, cuya finalidad es la de hacer posible y eficaz el control por parte de la Administración.

Dispone entonces el mencionado artículo, que los recursos se interpongan por escrito, dentro del término legal, personalmente por el interesado o su apoderado, y que sean sustentados “con la expresión concreta de los motivos de inconformidad”.

En resumen, lo que se busca con esta última exigencia para el agotamiento obligatorio de la vía gubernativa es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente a la Administración

La identidad debe darse entre el asunto que fue objeto de revisión y análisis por parte de los funcionarios administrativos y el que finalmente se somete a juzgamiento en la jurisdicción. Es decir, en lo solicitado y no en los argumentos para hacer la petición.

No quiere ello decir, que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión, siempre que por este medio no se cambie la petición que se hizo por vía gubernativa.”

*En ese orden, según la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo hay indebido agotamiento cuando se plantean asuntos o se hacen peticiones o solicitudes no formuladas en la vía gubernativa, respecto de las cuales no se cumpliría con ese presupuesto procesal; **pero es viable plantear argumentos nuevos o mejores argumentos, y así se ha acogido por las diferentes secciones**, v. gr. en las consideraciones expuestas por la*

Sección Cuarta en sentencia de 17 de marzo de 2005, exp. núm. 14113, Consejera Ponente, Dra. María Inés Ortiz Barbosa, así:

“... no existe ninguna limitación para que ante la jurisdicción puedan aducirse nuevos y mejores argumentos a los expuestos en vía gubernativa como causal de nulidad de los actos administrativos cuya legalidad se impugna. En efecto, ... las causales de nulidad son las consagradas en el artículo 84 del C.C.A., para todos los actos administrativos, y su invocación no está condicionada a que se hubieren alegado en la vía gubernativa. De donde se deduce la posibilidad de alegar causales nuevas no planteadas inicialmente, pues el examen de legalidad del acto acusado debe concretarse en los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, los que a su turno deben corresponder a cualquiera de las causales de nulidad contempladas en el segundo inciso del artículo 84...”.

Articulando los planteamientos de esa tesis jurisprudencial, se observa que ella tendría relevancia o aplicabilidad en el caso de que el agotamiento se haya dado por la decisión expresa o presunta de los recursos interpuestos que procedan, y no en los eventos en los que el acto no es susceptible de recurso o sólo lo es del recurso de reposición y éste se deja de interponer, por cuanto únicamente en tales situaciones se podrá establecer la eventual identificación entre lo solicitado en la vía gubernativa y lo propuesto en la demanda que se instaure en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”⁵ (Subrayado fuera de texto).

En esa misma providencia la Sala vio la necesidad de rectificar la tesis ampliándola de la siguiente manera:

Dada la trascendencia de la tesis jurisprudencial a la que se ha hecho alusión, con fundamento en el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de que goza toda persona en Colombia, esta Sala considera necesario que ella sea reexaminada por la Sala Plena Contenciosa en una oportunidad que lo amerite, a la luz del contexto jurídico del actual ordenamiento jurídico colombiano y, en especial, del concerniente a la actuación administrativa y al agotamiento de la vía gubernativa, de la cual emerge que las decisiones del procedimiento administrativo (actuación administrativa y vía gubernativa) tienen un

⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de septiembre de 2007. M. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Número Radicación: 1995-12217.

*objeto delimitado cual es el de **resolver las cuestiones** que se planteen en el mismo, tanto en su inicio como en su decurso, pudiéndose observar que en la vía gubernativa se deben resolver no sólo las formuladas en el recurso, esto es, en los motivos de inconformidad, sino también los que aparezcan por causa del recurso, aunque no hubieren sido planteadas antes.*

*Por lo tanto, convendría considerar que más que de solicitudes, se trata de **resolver cuestiones**, esto es, “**asunto** o materia en general” según una de las varias acepciones de la palabra **cuestión**, que al efecto pueden ser planteadas por el peticionario, por el obligado a cumplir un deber legal o por la autoridad de manera oficiosa y el correspondiente interesado, así como por terceros en todas esas eventualidades.*

Igualmente, las consideraciones expuestas son coincidentes con el principio de congruencia consagrado en los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“ARTICULO 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.”

De igual forma, la decisión de los recursos que se llegaren a interponer y que por lo mismo agota la vía gubernativa, está regulada en los aspectos atrás anotados en el artículo 59 ibídem, que a la letra reza:

“ARTICULO 59. CONTENIDO DE LA DECISION. Concluido el término para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia, si es del caso.

*La decisión resolverá **todas las cuestiones** que hayan sido **planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes.**”*

Con este segundo inciso resulta pertinente el artículo 52 ibídem en tanto prevé que la interposición de los recursos debe ser motivada, al señalar que:

“Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido, y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente.”

Pues bien, lo que se exige del administrado al interponer los recursos procedentes contra una decisión de la Administración es que exprese los “motivos de inconformidad” que tenga en relación con aquella, sin que para ello deba recurrir a una técnica jurídica determinada, entre otras razones, por cuanto para ejercitar la vía gubernativa no se requiere actuar mediante apoderado. Es factible, entonces, que el recurrente plantee algunos motivos de inconformidad en el recurso, pero que esos no sean los únicos pertinentes para impugnar el acto, circunstancia que podrá ser superada al momento de ejercitar la acción judicial correspondiente.

Por lo tanto, ayudaría a una mejor adecuación de la jurisprudencia sobre el tema a la normativa constitucional y legal pertinente en cuanto hace al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, dejar de lado el impreciso concepto de “hechos nuevos no planteados en la vía gubernativa”, toda vez que los hechos hacen parte de las razones que dan origen o sirven de fundamento a tales cuestiones, y como tal pasan a constituir parte de los fundamentos de la argumentación, por cuanto argumentar jurídicamente es aducir razones de hecho y/o de derecho, es esgrimir hechos y normas jurídicas para demostrar una tesis o la validez de la solución de una determinada cuestión de relevancia jurídica, de donde al ser admisible plantear mejores o nuevos argumentos, como lo tiene sentado la jurisprudencia, es por contera admisible plantear hechos nuevos en tanto están llamados a ser fundamento o parte de esos argumentos.

Así como en los actos administrativos se distingue el objeto o contenido, que es el asunto o la materia de que trata la decisión contenida en él, y los motivos o causa, que vienen a ser las razones de hecho y/o de derecho que determinan o sirven de fundamento a esa decisión, en lo que concierne al peticionario o recurrente también son distinguibles los asuntos o cuestiones objeto de sus peticiones y los hechos y normas que le sirven de fundamento a éstas.

Luego habría que concluir que sí es posible plantear o aducir en la demanda hechos nuevos no referenciados en la vía gubernativa, sobre la base de que tanto la vía gubernativa como la acción judicial son

instrumentos garantistas consagrados en favor del administrado. Que si bien el recurrente pudo haber omitido algún motivo de inconformidad en la vía gubernativa, jurídicamente no existe razón para que no lo pueda formular en la demanda ante la Jurisdicción Contenciosa, instancia en la cual la Administración contará igualmente con todas las garantías para defender su decisión.

En fin, cuando el artículo 63 del C. C. A. dispone como una de las formas de agotamiento de la vía gubernativa “Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido”, mal puede el aplicador de la norma interpretar que los “hechos” aludidos por el recurrente deberán ser los mismos que indefectiblemente deba aludir en la demanda ante el juez del conocimiento, sobre todo por cuanto con dicha interpretación se restringen las garantías del administrado antes referidas y, por ende, se vulneran los derechos fundamentales de acceso a la justicia y del debido proceso, tanto administrativo como judicial.

De todos modos, en este caso la actora no ha planteado cuestión, asunto o solicitud nueva, según la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, sino razones de derecho distintas a las esgrimidas en sede administrativa para impugnar la legalidad del acto administrativo enjuiciado, lo cual es totalmente legítimo utilizar por la accionante.

La Sección Cuarta también ha admitido esta tesis, citando para ello una sentencia de la Sala Plena:

“Ahora bien, la procedencia o no de plantear nuevos hechos de inconformidad por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es un tema que la jurisprudencia⁶ ha precisado por vía de interpretación, y en esta forma, se estructuró la tesis según la cual “Los hechos que se presentan en la vía gubernativa imponen el marco de la demanda ante la jurisdicción no siendo viable aceptar nuevos hechos, aunque si mejores argumentos de derecho.”

Quiere decir lo anterior, que debe existir identidad en la pretensión sometida a consideración de los funcionarios administrativos y la que se

⁶ Sentencias del 23 de marzo de 2000, Exp. 5658, C.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, del 20 de octubre de 2000, Exp. 10665 C.P. Dr. Daniel Manrique G. Y del 23 de febrero de 1996, Exp. 7262 C.P. Dr. Delio Gómez Leyva.

somete a juzgamiento ante los Tribunales Contencioso Administrativos, sin perjuicio de que el actor pueda traer nuevos o mejores argumentos de derecho.

Esta tesis que también se ha admitido a nivel de Sala Plena⁷, ha venido evolucionando, especialmente en lo que hace a las causales de nulidad, en donde la Sección, teniendo en cuenta las causales de nulidad generales contra los actos administrativos previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo ha indicado tal y como lo puso de manifiesto el Tribunal, que es procedente alegar causales de nulidad nuevas, no planteadas inicialmente, en razón a que el examen de legalidad del acto acusado debe concretarse a los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, los que a su turno deben concretarse a las causales de nulidad contempladas en el inciso 2º del citado artículo 84. más aún si se tiene en cuenta que se puede prescindir del recurso de reconsideración cuando se ha atendido en debida forma el requerimiento especial. (parágrafo del artículo 720 del Estatuto Tributario).⁸

Bajo tales premisas, es claro para la Sala que la excepción propuesta por el Ministerio Público no tiene vocación de prosperidad, razón por la cual se procederá a hacer el estudio del cargo de falta la competencia.

11.2.- Actos demandados

“EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN

RESOLUCIÓN No. ROA 000029-07 DEL 21 AGO 2007

⁷ Sentencia del 6 de agosto de 1990, Exp. –145 C.P. Clara Forero de Castro.

⁸ Consejo de Estado. Sección cuarta. Sentencia del 24 de julio de 2003. Proceso Número: 2000-01471. M.P. Ligia López Díaz.

“Por la cual se decide sobre la reclamación presentada oportunamente por el Banco de Occidente S.A. al proceso liquidatorio de la ESE RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN”

EL APODERADO GENERAL LIQUIDADOR DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESRADO RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las que le confiere el Decreto – Ley 254 de 2000 modificado por la Ley 1105 de 2006, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 510 de 1999; el Decreto 2211 de 2004; el artículo 68 de la Ley 715 de 2001; el Decreto 1015 de 2002; el Decreto 1922 de 1994, el Decreto 736 de 2005, el Decreto 405 de Febrero 14 de 2007 y demás normas concordantes, y el Poder General protocolizado por el Liquidador FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. contenido en la Escritura Pública Número 5956 del 27 de Abril de 2007 en la Notaría Veintinueve del Círculo de Bogotá y,

CONSIDERANDO:

(...)

CAPÍTULO SEGUNDO: COMPETENCIA DEL APODERADO GENERAL LIQUIDADOR:

2.1. *Que el artículo 4º del decreto 405 de 2007 designó como liquidador de la empresa Social del Estado RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., (en adelante FIDUPREVISORA S.A.).*

2.2. *Que en la Notaría 29 del círculo de Bogotá mediante la Escritura Pública número 5956 de fecha 27 de abril de 2007 el doctor Nelson Rodolfo Amaya Correa, Representante Legal de FIDUPREVISORIA S.A., otorgó poder general*

*amplio y suficiente a **REYNEL FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía número 91.492.768 expedida en Bucaramanga para que en nombre y representación de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. ejecute los actos y contratos inherentes a la liquidación de la ESE RAFAEL URIBE URIBE, conforme al Decreto 405 de 2007 y por las normas aplicables al régimen de liquidación de entidades públicas del orden nacional.*

***2.3.** Que en cumplimiento del artículo 24 del Decreto Ley 254 de 2000 y el artículo 26 del Decreto 2211 de 2004, es competencia del Liquidador decidir sobre las reclamaciones presentadas oportunamente, mediante resolución motivada en la que se determinarán los bienes que integran la masa de liquidación y los que están excluidos de ella; las reclamaciones aceptadas y rechazadas con relación a las sumas y bienes excluidos de la masa de liquidación, y su orden de restitución; y los créditos aceptados y rechazados contra la masa de liquidación, su cuantía y prelación de pagos.*

***2.4.** Que de conformidad con el numeral primero del artículo 26 del decreto 2211 de 2004, el Liquidador está facultado para decidir sobre las reclamaciones que se hubieren presentado oportunamente mediante actos administrativos independientes, facultad que ejercerá con el fin de garantizar la observancia de los principios establecidos en el artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOFF) ordena que el proceso de liquidación debe ser gradual y rápido; el artículo 3º del Código contencioso Administrativo (en adelante C.C.A.) establece el principio de economía y celeridad en actuaciones administrativas, pronunciándose en la presente resolución sobre la reclamación presentada oportunamente por el Banco de Occidente al proceso liquidatorio de la ESE RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN.*

(...)

RESUELVE

***PRIMERO:** Aceptar como un crédito del quinto orden, con cargo a la masa de la liquidación, a favor del Banco de Occidente S.A. la reclamación oportuna*

radicada por la suma de \$ 6.251.697.427.00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: *Notificar la presente resolución mediante edicto que se fijar por el término de diez (10) días hábiles en la sede principal de Empresa Social del Estado RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN...*

(...)”

“EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN

RESOLUCIÓN No. RPO 000056-07 DEL 26 OCT 2007

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la (Sic) Banco de Occidente S.A. NIT 890300279 contra la Resolución ROA número 2907 del veintiuno (21) de agosto de 2007, expedida dentro del proceso de liquidación la Empresa Social del Estado URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN (Sic)”

EL APODERADO GENERAL LIQUIDADOR DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO RAFAEL URIBE URIBE EN LIQUIDACIÓN

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las que le confiere el Decreto – Ley 254 de 2000 modificado por la Ley 1105 de 2006, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 510 de 1999; el Decreto 2211 de 2004; el artículo 68 de la Ley 715 de 2001; el Decreto 1015 de 2002; el Decreto 1922 de 1994, el Decreto 736 de 2005, el Decreto 405 de Febrero 14 de 2007 y demás normas concordantes, y el Poder General protocolizado por el Liquidador FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. contenido en la Escritura Pública Número 5956 del 27 de Abril de 2007 en la Notaría Veintinueve del Círculo de Bogotá y,

RESUELVE:

PRIMERO: *Reconocer personería jurídica al apoderado FERNANDO FRANCISCO OBREGÓN ACHAVARRIA identificado con cédula de ciudadanía número 15.346.950 de Sabaneta (Antioquia) y portadora (Sic) de la Tarjeta Profesional 61.079 del CSJ para actuar como apoderado del acreedor Banco de Occidente S.A. NIT 890.300.279.*

SEGUNDO: *Rechazar la petición de calificar el crédito correspondiente al contrato de empréstito del 9 de noviembre de 2006, suscrito entre el reclamante y la ESE RAFAEL URIBE URIBE (hoy en liquidación), por la suma de*

seis mil doscientos cincuenta y un millones seiscientos noventa y siete mil cuatrocientos veintisiete pesos mcte. (\$ 6.251.697.427.00) como crédito de segundo orden dentro de la masa de la liquidación.

(...)”

11.3.- Falta de competencia

11.3.1.- Planteamiento

Considera el memorialista que al haber sido designada a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como liquidadora de la ESE RAFAEL URIBE URIBE por medio del Decreto 405 de 2007, es decir, para que adelantara todos los actos relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de crédito y en general, los que por su naturaleza constituyan el ejercicio de funciones administrativas, no podía su representante legal conceder poder alguno a un tercero, en este caso al señor REYNEL FERNANDO BEDOYA para que desempeñara tales funciones.

Lo anterior, por cuanto se trata de un cargo que sólo podía ser designado por el Presidente de la República, al tenor de lo que dispone el artículo 5º de la Ley 1105 de 2006, sin que para ello el Representante Legal de la FIDUCARIA LA PREVISORA S.A. tuviese expresas facultades.

11.3.2.- Contexto normativo

Pues bien, tal actuación constituye el objeto de controversia en lo que a éste cargo se refiere, razón por la que habrá de estudiarse la naturaleza de las actuaciones de quien fue designado como liquidador de una entidad pública, en este caso, FIDUPREVISORA S.A., a la luz de las disposiciones que rigen la materia.

a.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo primero numeral séptimo de la Ley 573 de 2000, mediante el cual se revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para “*Dictar el régimen para la liquidación y disolución de las entidades públicas del orden nacional*”, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 254 de 2000, por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional.

b.- Dicho Decreto fue modificado por la Ley 1105 de 2006, vigente para el momento en que se liquidó la ESE demandada, razón por la que resulta aplicable al caso que nos ocupa.

El artículo primero de ésta norma determinó su ámbito de aplicación, circunscribiéndolo a las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del orden nacional, sobre las que se haya ordenado la supresión y liquidación, dentro de las cuales, como se verá, se encuentran las Empresas Sociales del Estado:

“Artículo 1º. *El artículo 1º del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:*

Artículo 1º. Ámbito de aplicación. *La presente ley se aplica a las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución. La liquidación de las Sociedades Públicas, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y las Empresas Sociales del Estado, se sujetarán a esta ley.*

Los vacíos del presente régimen de liquidación se llenarán con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan.

Aquellas que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, una vez decretada su supresión o disolución realizarán su liquidación con sujeción a dichas normas.

Parágrafo 1°. *Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan suprimir o disolver y liquidar una entidad pública de dicho nivel, se regirán por las disposiciones de esta ley, adaptando su procedimiento a la organización y condiciones de cada una de ellas, de ser necesario, en el acto que ordene la liquidación.*

Parágrafo 2°. *Las entidades de orden territorial que se encuentren en proceso de liquidación a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, podrán acogerse en lo pertinente a lo dispuesto en la presente ley.”* (Subrayado fuera de texto).

c.- Así mismo, en aplicación del artículo 2º del Decreto 250 de 2000 que en esta parte no fue modificado por la Ley 1105 de 2006, el Presidente de la República designó a la FIDUPREVISORA S.A. como liquidadora en el acto que ordenó la liquidación.

⁹ **“ARTICULO 2o. INICIACION DEL PROCESO DE LIQUIDACION.** *El proceso de liquidación se inicia una vez ordenada la supresión o disolución de una de las entidades a las cuales se refiere el artículo 1º del presente decreto. El acto que ordene la supresión o liquidación dispondrá lo relacionado con las situaciones a que se refiere el parágrafo primero del artículo 52 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, en dicho acto o posteriormente, podrá disponerse que la liquidación sea realizada por otra entidad estatal que tenga dicho objeto. Igualmente podrá establecerse que la liquidación se realice por una entidad fiduciaria contratada para tal fin o contratarse con una de dichas entidades la administración y enajenación de los activos.*

La expedición del acto de liquidación conlleva:

a) *La designación del Liquidador por parte del Presidente de la República;*

(...)” (Subrayado fuera de texto).

11.2.3.- Análisis del caso

A efectos de resolver el citado cargo es preciso traer a colación la disposición a partir de la cual el BANCO DE OCCIDENTE S.A. funda el cargo de falta de competencia, es decir, lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2006 en consonancia con el 4º del Decreto 405 de 2007 que son del siguiente tenor:

Ley 1150 de 2006

“ARTÍCULO 5o. El artículo 5º del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

Artículo 5º. Del liquidador. *El liquidador será de libre designación y remoción del Presidente de la República; estará sujeto al mismo régimen de requisitos para el desempeño del cargo, inhabilidades, incompatibilidades, responsabilidades y demás disposiciones previstas para el representante legal de la respectiva entidad pública en liquidación.*

Sin perjuicio de lo anterior, podrá ser designado como liquidador quien se haya desempeñado como miembro de la junta directiva o gerente o representante legal de la respectiva entidad o en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.

El Presidente de la República fijará la remuneración y régimen de prestaciones de los liquidadores teniendo en cuenta los objetivos y criterios señalados en la Ley 4ª de 1992 y el cumplimiento de las metas fijadas para el desarrollo de la liquidación.”

Decreto 405 de 2007

“Artículo 4°. Dirección de la liquidación. El Liquidador de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, será Fiduciaria La Previsora S. A., Fiduprevisora S. A., quien deberá suscribir el correspondiente contrato con el Ministerio de la Protección Social, el cual se pagará con cargo a los recursos de la entidad en liquidación.”

Es claro entonces, que el Presidente de la República en cumplimiento de lo que ordena el artículo 5º de la Ley 1105 de 2006 designó a la FIDUPREVISORA S.A. como liquidadora de la ESE RAFAEL URIBE URIBE.

11.2.3.1.- Ahora, de la lectura de los hechos de la demanda, supuestos fácticos estos aceptados por la demandada, se desprende que el Representante Legal de la liquidadora confirió poder general al señor REYNEL FERNANDO BEDOYA para adelantar el proceso de liquidación, según consta en el numeral segundo de la escritura pública número 5956 del 27 de abril de 2007, otorgada en la Notaría 29 del círculo de Bogotá D.C., vista a folio 22 vuelto:

“SEGUNDO: Que por medio del presente instrumento confiere PODER GENERAL, AMPLIO Y SUFICIENTE a REYNEL FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ, identificado con cedula de ciudadanía número 91.492.768, colombiano de nacimiento, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá D.C., para que en nombre y representación de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., ejecute los actos y contratos inherentes a la declaración subsiguiente en desarrollo de la liquidación de la E.S.E. RAFAEL URIBE URIBE hoy en liquidación, a partir del día 27 de abril de 2007.

TERCERO: Que el Apoderado General arriba indicado desarrollará todos los actos y contratos tendientes a la liquidación de la **E.S.S RAFAEL URIBE URIBE , EN LIQUIDACIÓN** y tendrá como funciones y facultades del liquidador contempladas en las siguientes normas a las cuales se hace remisión expresa y por lo tanto constituyen el límite del mandato conferido así: **a)** Decreto ley 254 de 2000 y las normas que lo complementen, modifican o adicionan, y aquellas normas a las cuales remite el citado Decreto; **b)** Ley 1105 de 2006; **c)** Decreto 405 del 14 de febrero de 2007 y las normas que lo complementen, modifiquen y adicionen y aquellas normas a las cuales remite. **d)** Decreto 1750 de 2003; **e)** Demás normas pertinentes y concordantes.

CUARTO: Que el apoderado queda además investido de todas las facultades legales y operativas, derivadas de las normas precedente citadas y que sean inherentes al desarrollo del mandato conferido y responderá de su ejercicio en los términos que establece al mandatario.

QUINTO: Que el apoderado recibirá como remuneración por gestión adelantada, la que se fije con la empresa de servicios temporales que para tal efecto haya contratado la Fiduciaria en su calidad de liquidador o aquella que se determine según la naturaleza del contrato que lo vincule.

SEXTO: Además de las atribuciones mencionadas, el apoderado general tendrá en el ejercicio de sus funciones, las siguientes facultades específicas, sin perjuicio de las generales señaladas anteriormente:

a). Autorizar el desplazamiento de los funcionarios que presten el servicio a la **E.S.E. RAFAEL URIBE URIBE, EN LIQUIDACIÓN** cuando las necesidades así lo aconsejen.

b). suscribir los actos y contratos de la **E.S.E RAFAEL URIBE URIBE, EN LIQUIDACIÓN**, de conformidad con las atribuciones otorgadas, sin perjuicio de los límites señalados en el Decreto 405 del 14 de febrero de 2007, y demás normas que lo complementen, modifiquen o adicionen.

c) Otorgar poderes especiales para la defensa y representación judicial y/o extrajudicial, administrativa o gubernativa de la **E.S.E RAFAEL URIBE URIBE, EN**

LIQUIDACIÓN. Lo anterior, sin perjuicio de los poderes generales otorgados por el mandante a otros apoderados.

d). El apoderado aquí constituido deberá dentro de los cinco primeros días de cada mes, rendir informes a la Presidencia de la Fiduciaria La Previsora S.A, e todas y cada una de las gestiones y actividades relacionadas con la liquidación de la **E.S.E RAFAEL URIBE URIBE, EN LIQUIDACIÓN** y con el presente mandato, el cual deberá contener, entre otras cosas, la relación de los actos y contratos suscritos, señalando la cuantía de los mismos cuando sea el caso; el objeto del mismo y la justificación o motivación que tuvo en cuenta para su celebración.

e). Llevar a cabo, organizar, coordinar y llevar control de las gestiones adelantadas ante los entes de control informando oportuna y objetivamente al mandante; asistir o delegar la asistencia a reuniones y proyectos adelantados, los informes además deberán contener toda la información relevante al proceso de liquidación de la **E.S.E RAFAEL URIBE URIBE, EN LIQUIDACIÓN**, sin perjuicio del apoyo que puedan brindarle las personas que laboran y se desempeñan en dicha entidad.

f). Asistir a las citaciones convocadas por el Honorable Congreso de la República para tratar el asunto relacionado con la liquidación de la **E.S.E RAFAEL URIBE URIBE, EN LIQUIDACIÓN**.

g). Todas las demás funciones y facultades establecidas para el liquidador en el Decreto 405 del 14 de febrero de 2007, por el cual se suprime y se ordena la liquidación de la **E.S.E RAFAEL URIBE URIBE, EN LIQUIDACIÓN**.

SÉPTIMO: Adicional a las funciones y facultades que por medio del presente PODER GENERAL se otorga al mandatario, el apoderado general queda además investido, para que en nombre y representación de la **E.S.E RAFAEL URIBE URIBE, EN LIQUIDACIÓN**, de respuesta a derechos de petición, se notifique, conteste y comparezca ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales para representar a dicha entidad en liquidación en todo tipo de asuntos legales y procesos judiciales, en especial las acciones de tutela, los procesos de carácter laboral, y en los interrogatorios de parte de la misma índole, en los que sea parte o se encuentre vinculada, con la facultad expresa para conciliar y declarar en nombre de dicha entidad.

*Este apoderamiento se extiende para el ejercicio de las facultades y funciones señaladas en este punto, cuando el demandado o accionado sea Fiduciaria La Previsora S.A por cuestiones relacionadas relativas a la liquidación de la **E.S.E RAFAEL URIBE URIBE, EN LIQUIDACIÓN.***

PARAGRAFO: *Mediante el presente poder se otorgan todas las facultades inherentes a la representación y en especial las de transigir, desistir y recibir, observando las limitaciones de la ley.”*

11.2.3.2.- Pues bien, revisadas las facultades de las que está revestido el liquidador al tenor de lo que disponen los artículos 3º, 4º y 6º de la Ley 1150 de 2006 se desprende que la competencia del mismo es reglada¹⁰, habida cuenta del carácter de la función que

¹⁰ **“Artículo 3º.** El artículo 3º del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

Artículo 3º. La dirección de la liquidación estará a cargo de un liquidador. En el acto que ordene la supresión o disolución de la entidad, podrá preverse:

- a) La existencia de una junta asesora, si es del caso, integrada por las personas y con las funciones que en dicho acto, o en uno posterior que lo adicione o modifique, se señalen, y
- b) La existencia de un revisor fiscal, cuando así se disponga, que tendrá las mismas calidades y funciones establecidas para este cargo en el Capítulo VII Título I Libro Segundo del Código de Comercio.

Artículo 4º. El artículo 4º del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

Artículo 4º. Competencia del liquidador. Es competencia del liquidador adelantar bajo su inmediata dirección y responsabilidad el procedimiento de liquidación de la entidad pública del orden nacional para la cual sea designado.

El liquidador podrá contratar personas especializadas para la realización de las diversas actividades propias del proceso de liquidación.

Artículo 6º. El artículo 6º del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

Artículo 6º. Funciones del liquidador. Son funciones del liquidador las siguientes:

- a) Actuar como representante legal de la entidad en liquidación;
- b) Responder por la guarda y administración de los bienes y haberes que se encuentren en cabeza de la entidad en liquidación, adoptando las medidas necesarias para mantener los activos en adecuadas condiciones de seguridad física y ejerciendo las acciones judiciales y administrativas requeridas para el efecto;
- c) Informar a los organismos de veeduría y control del inicio del proceso de liquidación;
- d) Dar aviso a los jueces de la República del inicio del proceso de liquidación, con el fin de que terminen los procesos ejecutivos en curso contra la entidad, advirtiendo que deben

desempeña, que por ser administrativa se ciñe a los mandatos que para el efecto dispone el régimen de los servidores públicos y se enmarca en la actividad que despliegan.

acumularse al proceso de liquidación y que no se podrá continuar ninguna otra clase de proceso contra la entidad sin que se notifique personalmente al liquidador;

e) Dar aviso a los registradores de instrumentos públicos, autoridades de tránsito y transportes y Cámaras de Comercio, para que den cumplimiento a lo dispuesto en el literal d) del artículo 2° del presente decreto, y para que dentro de los treinta (30) días sigui entes a que se inicie la liquidación informen al liquidador sobre la existencia de folios en los que la institución en liquidación figure como titular de bienes o de cualquier clase de derechos;

f) Ejecutar los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y efectiva;

g) Elaborar el anteproyecto de presupuesto de la entidad y cuando sea del caso presentarlo al Ministro o Director de Departamento Administrativo, al cual esté adscrita o vinculada la entidad pública en liquidación, para su aprobación y trámite correspondiente;

h) Adelantar las gestiones necesarias para el cobro de los créditos a favor de la entidad;

i) Continuar con la contabilidad de la entidad;

j) Celebrar los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación y representar a la entidad en las sociedades, asociaciones y entidades en que sea socia o accionista;

k) Transigir, conciliar, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, en los procesos y reclamaciones que se presenten dentro de la liquidación, cuando sea del caso, y atendiendo las reglas sobre prelación de créditos establecidas en el presente decreto;

l) Promover, en los casos previstos por la ley,, las acciones disciplinarias, contenciosas, civiles o penales necesarias contra los servidores públicos, personas o instituciones que hayan participado en el manejo de los bienes y haberes de la entidad en liquidación;

m) Rendir informe mensual de su gestión y los demás que se le soliciten;

n) Presentar el informe final general de las actividades realizadas en el ejercicio de su encargo;

o) Velar porque se dé cumplimiento al principio de publicidad dentro del proceso de liquidación;

p) Las demás que le sean asignadas en el decreto de nombramiento o que sean propias de su encargo.

Parágrafo 1°. *En el ejercicio de las funciones de que tratan los literales j) y k) del presente artículo, se requerirá previamente de apropiación y disponibilidad presupuestal.*

Parágrafo 2°. *El liquidador designado deberá presentar dentro de un término máximo de 3 meses contados a partir de su posesión un informe sobre el estado en que recibe la entidad suprimida o disuelta, especialmente sobre las condiciones de la contabilidad general, los documentos que conforman el archivo y la relación y estado de los bienes.*

El liquidador enviará a la Contraloría General de la República copia del informe correspondiente, para los efectos relacionados con su responsabilidad como liquidador."

Es aún más clara la anterior aseveración, si se tiene en cuenta el artículo séptimo de la Ley 1105, pues allí expresamente se advierte que los actos relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos son expedidos en ejercicio de funciones administrativas, y por lo tanto las decisiones que se profieran sobre el particular son actos administrativos:

“ARTICULO 7o. DE LOS ACTOS DEL LIQUIDADOR. *<Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los actos del liquidador relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y en general, los que por su naturaleza constituyan ejercicio de funciones administrativas, constituyen actos administrativos y serán objeto de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el procedimiento de liquidación.*

Sin perjuicio del trámite preferente que debe dar a las acciones instituidas por la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo dará prelación al trámite y decisión de los procesos en los cuales sea parte una entidad pública en liquidación.

Los jueces laborales deberán adelantar los procesos tendientes a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado con fuero sindical, de las entidades que se encuentren en liquidación, dentro de los términos establecidos en la ley y con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela. El incumplimiento de esta disposición será causal de mala conducta.

Contra los actos administrativos del liquidador únicamente procederá el recurso de reposición; contra los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del procedimiento no procederá recurso alguno.

*El liquidador podrá revocar directamente los actos administrativos en los términos del Código Contencioso Administrativo y demás normas legales.”
(Subrayado fuera de texto).*

En tal escenario, cuando por medio de las Resoluciones Nos. 29-07 del 21 de agosto de 2009 y 056-07 del 26 de octubre de 2007 el liquidador de la ESE demandada aceptó como crédito de quinto orden la reclamación radicada por el BANCO DE OCCIDENTE S.A., desarrolló una función administrativa, función ésta que le fue asignada por la ley al liquidador (FIDUPREVSORA), y por contera, esas decisiones constituyen actos administrativos.

11.2.3.3.- Así las cosas, no podía el representante legal de FIDUPREVISORA constituir un apoderado para que adelantara la liquidación pues, por un lado, no existe en el ordenamiento jurídico disposición alguna que lo habilite a ello, y por otro, de argüirse que la figura aplicable es la de delegación de una función administrativa a un particular (descentralización por colaboración), la misma sólo es posible efectuarla cuando medien los requisitos previstos en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998 ninguno de los cuales aparece acreditado en el plenario¹¹. El artículo 111 previene lo siguiente:

“Artículo 111^o.- Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares. *Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:*

¹¹ Baste citar el artículo 111, que establece los presupuestos para que tal forma de descentralización no carezca de validez, y vistos los antecedentes de los actos enjuiciados no obra constancia del acto administrativo que determine las funciones específicas que serán encomendadas al particular, las calidades y requisitos que debe reunir el particular, las condiciones para su ejercicio, la forma de remuneración y la duración del encargo y tampoco existe evidencia de la celebración de un convenio con el particular mediante un procedimiento de convocatoria pública:

1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, mediante el cual determine:

- a. Las funciones específicas que encomendará a los particulares;*
- b. Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;*
- c. Las condiciones del ejercicio de las funciones;*
- d. La forma de remuneración, si fuera el caso;*

La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.

2. La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:

Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.”

Debe tenerse presente que conforme lo ha expuesto la Corte Constitucional¹², criterio que ha sido reiterado por esta Jurisdicción, la posibilidad de que un particular desempeñe funciones administrativas no se equipara en modo alguno a la posibilidad de vaciar de contenido la competencia que se otorga, en cuanto no es factible que el particular reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. O lo que es igual, el despojo absoluto de la materia de su competencia.

¹² Sentencia C 866 de 1999.

11.2.3.3.1.- En atención a las anteriores consideraciones, es claro para la Sala que cuando el Representante legal de la FIDUPREVISORA S.A. le otorgó poder general a un tercero, REYNEL FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ, para adelantar **todo** el proceso de liquidación de la ESE RAFAEL URIBE URIBE entregó de manera completa su competencia al punto que terminó reemplazando la labor de liquidación que le fuese encomendada por el Presidente de la República en el Decreto 405 de 2007.

11.2.3.4.- Finalmente, observa esta Sala que aun advirtiendo lo que preceptúa el inciso segundo del artículo primero de la Ley 1105 de 2006, en el que claramente se lee que cuando quiera que existan vacíos en el proceso de liquidación, estos serán resueltos conforme a las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, consultado su texto no se encuentra norma alguna que habilite al Liquidador de una entidad a conferir poder general a un tercero para que lleve a cabo el proceso de liquidación, o lo que es lo mismo, a desprenderse de la función administrativa que le fue encomendada:

“ARTICULO 295. REGIMEN APLICABLE AL LIQUIDADOR Y AL CONTRALOR.

1. Naturaleza de las funciones del liquidador. *El liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o por los acreedores reconocidos, ejercerá funciones públicas administrativas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación.*

PARAGRAFO. Cuando el liquidador sea designado por la Asamblea de Accionistas convocada según lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 300 del presente Estatuto, no tendrá funciones públicas administrativas y por

consiguiente únicamente ejercerá las funciones y facultades que le atribuyan los estatutos sociales de la respectiva entidad y el Código de Comercio.

2. Naturaleza de los actos del liquidador. *Las impugnaciones y objeciones que se originen en las decisiones del liquidador relativas a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y, en general, las que por su naturaleza constituyan actos administrativos, corresponderá dirimir las a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el proceso liquidatorio.*

Contra los actos administrativos del liquidador únicamente procederá el recurso de reposición; contra los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del proceso, no procederá recurso alguno.

Las decisiones sobre aceptación, rechazo, calificación o graduación de créditos, quedarán ejecutoriadas respecto de cada crédito salvo que contra ellas se interponga recurso. En consecuencia, si se encuentran en firme los inventarios, el liquidador podrá fijar inmediatamente fechas para el pago de tales créditos. Lo anterior, sin perjuicio de resolver los recursos interpuestos en relación con otros créditos y de la obligación de constituir provisión para su pago en el evento de ser aceptados.

El liquidador podrá revocar directamente los actos administrativos que expida en los términos y condiciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

(...)

9. Facultades y deberes del liquidador. *El liquidador designado por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida, de la*

masa de la liquidación o excluidos de ella y, además, los siguientes deberes y facultades:

- a. Actuar como representante legal de la intervenida;*
- b. Ejecutar los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y progresiva;*
- c. Adelantar durante todo el curso de la liquidación el recaudo de los dineros y la recuperación de los activos que por cualquier concepto deban ingresar a la masa de la liquidación, para lo cual podrá ofrecer incentivos por la denuncia de la existencia y entrega de tales activos;*
- d. Administrar la masa de la liquidación con las responsabilidades de un secuestre judicial;*
- e. Velar por la adecuada conservación de los bienes de la intervenida, adoptando las medidas necesarias para mantener los activos en adecuadas condiciones de seguridad física y ejerciendo las acciones judiciales y administrativas requeridas para el efecto;*
- f. Continuar con la contabilidad de la entidad intervenida en libros debidamente registrados; en caso de no ser posible, proveer su reconstrucción e iniciar la contabilidad de la liquidación;*
- g. Presentar cuentas comprobadas de su gestión, al separarse del cargo, al cierre de cada año calendario y en cualquier tiempo a solicitud de una mayoría de acreedores que representen no menos de la mitad de los créditos reconocidos;*
- h. Ejecutar todos los actos y efectuar todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y archivos de la intervenida;*
- i. Celebrar todos los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten su adelantamiento, restituir bienes recibidos en prenda, cancelar hipotecas y representar a la entidad en las sociedades en que sea socia o accionista, así como transigir, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley;*
- j. Realizar los castigos de activos que resulten pertinentes;*

- k. Vender, sin necesidad de que el peritazgo sea judicial, los activos de la entidad intervenida;*
- l. Pagar con los recursos pertenecientes a la intervenida todos los gastos de la liquidación;*
- m. Dar por terminados los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiera, y conservar o contratar los que sean necesarios para el debido adelantamiento de la liquidación;*
- n. Bajo su responsabilidad promover las acciones de responsabilidad civil o penales que correspondan, contra los administradores, directores, revisores fiscales y funcionarios de la intervenida;*
- o. Propiciar acuerdos cuyo objeto consista en la continuación por un nuevo fiduciario de la gestión orientada a alcanzar las finalidades previstas en los contratos fiduciarios celebrados por la entidad intervenida, antes de efectuar las restituciones a los fideicomitentes a que haya lugar, y*
- p. Destinar recursos de la liquidación al pago de la desvalorización monetaria que hubieren podido sufrir las acreencias que debieron sujetarse al proceso liquidatorio.”*

Teniendo claras las presentes consideraciones, resulta imperiosa la declaración de nulidad de los actos acusados, como quiera que el señor REYNEL BEDOYA RODRÍGUEZ actuó sin competencia al calificar el crédito del BANCO DE OCCIDENTE S.A. como de quinto de orden.

11.3.- Restablecimiento del Derecho

En relación con la solicitud del restablecimiento del derecho contenida en el *petitum*, relacionada con la necesidad de clasificar el crédito del BANCO DE OCCIDENTE S.A. como de segundo orden y no como de quinto orden, tal y como se dispuso en los actos censurados, debe esta Sala despacharla en forma desfavorable, por cuanto, no es posible adelantar el

estudio del orden de prelación de una decisión que es nula por ser expedida por funcionario incompetente.

En tal orden, la decisión de restablecimiento será la de que la calificación del crédito sea expedida por funcionario competente, esto es por el liquidador designado por el Presidente de la República, mediante Decreto 405 de 2007, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.

FALLA:

PRIMERO: DECRÉTASE la nulidad de las Resoluciones No. ROA 029-07 del 21 de agosto de 2009 y la número 056-07 del 26 de octubre de 2007 proferidas por el apoderado general de la FIDUPREVISORA S.A., señor REYNEL FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se ORDENA que el acto administrativo relacionado con la liquidación del crédito del Banco de Occidente S.A. sea expedido por el Representante Legal de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 27 de noviembre de 2014.

**GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZÁLEZ**

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Ausente en Comisión

HERNANDO YEPES ARCILA

Conjuez