



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Radicación núm.: 13001 23 31 002 **2008 00708** 01

Actor: Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Profesionales - COOTRASOMED

Demandado: Departamento de Bolívar – Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación

Tesis: En el contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Fiduprevisora S.A. y la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena no se previó que la citada sociedad fiduciaria debía responder a nombre del centro hospitalario en los procesos judiciales que fueran interpuestos en su contra, incluso después de su liquidación. No es cierto que el Agente Liquidador del Hospital San Pablo de Cartagena incluyó los recursos del contrato de fiducia suscrito con la Fiduprevisora S.A. en la masa de liquidación de esa entidad sin realizar previamente el trámite de liquidación del citado negocio jurídico.

Los recursos entregados por virtud del contrato de fiducia que la E.S.E San Pablo de Cartagena suscribió con la Fiduprevisora, al momento de definir la masa liquidatoria de esta entidad, no eran de propiedad del patrimonio autónomo ni de terceros.

Los dineros administrados por la fiduciaria no provenían del Sistema General de Participaciones y en consecuencia podían ser parte de la masa a liquidar de la ESE. No son nulas las disposiciones enjuiciadas al no aplicar por analogía las normas que regulan lo relativo a la cesión de los contratos de fiducia, al acreedor prendario y al régimen de insolvencia empresarial, en el proceso de liquidación de una Empresa Social del Estado.

No es cierto que, dentro del procedimiento liquidatorio de la ESE Hospital San Pablo, no se comunicó a los beneficiarios del patrimonio autónomo sobre la inclusión de los recursos del patrimonio autónomo a la masa de liquidación.

SENTENCIA – SEGUNDA INSTANCIA



La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia del 16 de diciembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, a través de la cual se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria La Previsora S.A. y se negaron las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), la Cooperativa de Trabajo Asociada de Servicios Profesionales (en adelante COOTRASOMED) interpuso demanda en contra del Departamento de Bolívar – Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación¹.

1.1. Pretensiones

La parte actora formuló las siguientes pretensiones:

“DECLARACIONES Y CONDENAS

Respetuosamente demandamos del H. Tribunal que, previos los trámites del H. Tribunal que, previos los trámites del juicio contencioso administrativo por Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, haga las siguientes o parecidas Declaraciones y Condenas, por condena que haga tránsito a cosa juzgada , así:

1. Que es **NULO** el Acto Administrativo contenido en la **RESOLUCIÓN No. 051 DEL 19 DE MAYO DE 2008**, proferida por la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA – EN LIQUIDACIÓN-**, mediante el cual se establece, en su artículo DUODÉCIMO, los recursos que no pertenecen a la Masa de la Liquidación. Dentro de los recursos excluidos de la Masa en Liquidación, no se encuentran los recursos que fueron cedidos de manera irrevocable al Patrimonio Autónomo en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil irrevocable y su adición suscritos el **25 de Marzo de 2004** y el 21 de Marzo de 2006 respectivamente, entre la **E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA** y la **FIDUCIARÍA TEQUENDAMA S.A.** ahora **FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A.**

SUBSIDIARIAMENTE demandando del H. Tribunal que **ANULE PARCIALMENTE** el Acto Administrativo contenido en la **RESOLUCIÓN No. 051 DEL 19 DE MAYO DE 2008**, proferida por la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA – EN LIQUIDACIÓN-**, en cuanto desconoció las cesiones irrevocables realizadas al Patrimonio Autónomo en virtud del Contrato de Fiducia Mercantil irrevocable y su adición suscritos el **25 de Marzo de 2004** y el **21 de Marzo de 2006** respectivamente, entre la

¹ Visible del folio 1 a 27 del Cuaderno nro. 1 del Tribunal.



E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA y la FIDUCIARIA TEQUENDAMA S.A. ahora FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A. y, en su lugar, se restituya el derecho legítimo al reconocimiento de dichas cesiones irrevocables en favor de los beneficiarios del mismo, entre los que se encuentra mi mandante.-

2. Que **es NULO** el acto administrativo contenido en la **RESOLUCIÓN N° 126** de fecha 19 de agosto de 2008 y notificada el 28 de agosto de 2008, **MEDIANTE LA CUAL SE DECIDE EL RECURSO DE REPOSICIÓN**, proferida por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA – EL (Sic) LIQUIDACIÓN confirmatoria de la **RESOLUCIÓN No. 051 DEL 19 DE MAYO DE 2008**, con la cual se AGOTÓ LA VÍA GUBERNATIVA.-

3. Que, a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, SE ORDENE QUE SE EXCLUYA DE LA MASA DE LA LIQUIDACIÓN los recursos que fueron cedidos por la E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA al Patrimonio Autónomo E.S.E. SAN PABLO.² (Negritas y subrayas dentro del texto)

1.2. Los actos cuestionados

“RESOLUCIÓN No. 051 DEL 19 DE MAYO DE 2008

Por medio de la cual se deciden las reclamaciones de créditos presentadas oportunamente; los bienes que integran la masa de la liquidación y los excluidos de ella; las reclamaciones aceptadas y rechazadas en relación con sumas y bienes excluidos de la masa de la liquidación y el orden de restitución; los créditos aceptados y rechazados contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de los mismos, su cuantía, clase y prelación de pago, así como los privilegios o preferencias determinadas por el artículo 2494 y siguientes del C.C., modificaciones introducidas por la Ley 50 de 1.990, artículo 27 y siguientes del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2.007.

EL LIQUIDADOR DE LA E.S.E HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN

En ejercicio de las facultades legales conferidas por el artículo 7 del Decreto 711 del 20 de Diciembre de 2007, concordante con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 2211 de 2004, Circulares de la Superintendencia Nacional de Salud y Contaduría General de la Nación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad en liquidación y Decreto 11 de 11 de Enero de 2008, por la cual se designó liquidador de la E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, expedida por el Gobernador de Bolívar y

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Que mediante Decreto No. 711 del 20 de Diciembre de 2007 expedido por la Gobernación de Bolívar, se dispuso suprimir y liquidar la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION.

SEGUNDO.- Que mediante Decreto 11 del 11 de Enero de 2008, expedido por la Gobernación de Bolívar, se designó como liquidador de LA E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION al doctor RENE

² Visible a folios 2 y 3 del Cuaderno del Tribunal.



ALEJANDRO GARZON (Sic) AVELLANEDA, identificado con la cédula de ciudadanía No.80.382.761 expedida en Funza (Cundinamarca).

TERCERO.- Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 y siguientes del Decreto 711 del 20 de Diciembre de 2007 y dentro del término legal, el Gerente Liquidador emplazó a quienes tuvieran reclamaciones de cualquier índole contra la E.S.E intervenida así como a quienes tuvieran en su poder a cualquier título activo de la entidad en liquidación, para los fines de su devolución y cancelación, fijado por el término de un mes en la sede de la liquidada y publicado en Diarios de amplia circulación Nacional y Local.

CUARTO.- Que dicho emplazamiento fue fijado en la oficina principal de la E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, ubicada en el sector de Zaragocilla en la calle 22 carrera 56 y 57 del Municipio de Cartagena, el día 11 de Febrero de 2008 y Desfijado el 11 de marzo del mismo año, publicados en los diarios la Republica y el Universal, el 31 de enero primer aviso y el 11 de febrero segundo aviso, donde se emplazó a todos los que se consideren con derecho a formular reclamaciones contra LA E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, a fin de que se presente con prueba siquiera sumaria de sus créditos, cuyo término estuvo comprendido entre el 12 de Febrero al 11 de marzo de 2007. En dichas publicaciones se advirtió que cuando se trate de derechos incorporados en títulos valores se deberá presentar el original del título, los terceros que tengan activos de la entidad para los fines de devolución y cancelación y, que una vez vencido el término para presentar reclamaciones, el Liquidador no estará facultado para aceptar ninguna reclamación.

QUINTO.- Que se procedió a conformar el directorio de acreedores de las reclamaciones presentadas oportunamente de que trata al artículo (Sic) 61 del Decreto 2211 de 2004, con aquellas personas que presentaron reclamaciones oportunamente, para lo cual se levantó Acta de Cierre Final No. 01, radicados por los acreedores de LA E.S.E, HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, en forma oportuna entre el 12 de Febrero hasta el 11 de marzo de 2008.

SEXTO.- Que vencido el término para presentar reclamaciones; es decir, el 11 de marzo de 2008, el Liquidador por Auto No. 001 del 11 de marzo de 2008, se dispuso correr traslado común a los interesados de las reclamaciones presentadas por el término de cinco (5) días hábiles para la presentación de objeciones de los créditos presentados, esto es, entre el 12 de marzo fecha de fijación y hasta el 20 de marzo de 2008 fecha en que se desfijo, para tal efecto se mantuvo el expediente disponible en la oficina principal de la E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, ubicada en la sede de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION en el sector de Zaragocilla en la Calle 22 Carrera 56 y 57 del Municipio de Cartagena (Sic), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2211 de 2004, sin que se formularan objeciones dentro de dicho termino sobre las reclamaciones oportunamente presentadas.

SEPTIMO (Sic).- Que la totalidad de las reclamaciones presentadas oportunamente fueron debidamente auditadas administrativa, jurídica, tributaria, presupuestal y contablemente. Así mismo, las correspondientes a prestación de servicios de salud se les realizó su respectiva auditoria médica, con el fin de determinar su aceptación, motivos de glosa o rechazo, dentro del término comprendido entre el 12 de marzo y el 19 de mayo de 2008, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007 y numeral 1 del artículo 26 del Decreto 2211 de 2004.



OCTAVO.- Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007 y numerales 10 y siguientes del artículo 26 del Decreto 2211 de 2004, el Liquidador debe decidir las reclamaciones presentadas oportunamente, aceptadas y rechazadas con cargo a bienes y sumas excluidas de la masa de liquidación y con cargo a la masa, mediante resolución motivada en la que se señalen: a) Las reclamaciones oportunamente presentadas aceptadas y rechazadas en relación con bienes y sumas de dinero excluidos de la masa de la liquidación, señalando la cuantía y el orden de restitución de conformidad con el artículo 29 y 37 del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007, concordante con el numeral 2 del artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999 y por el artículo 61 de la Ley 795 de 2003; los numerales 1, 5 y 6 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999; artículo 2494 y siguientes del C.C., la Ley 50 de 1.990 y las demás normas que expresamente reconozcan este privilegio, como las expresamente señaladas para pago de Indemnizaciones, compensaciones y prestaciones sociales de los servidores públicos que estaban vinculados a la E.S.E.; los bienes públicos inalienables, inembargables e imprescriptibles y bienes automotores de conformidad con el artículo 29 del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007.

b) Las reclamaciones oportunamente presentadas, aceptadas y rechazadas contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago y las preferencias que la ley establece, de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las regias generales del artículo 2494 y subsiguientes del Código Civil y demás disposiciones legales aplicables.

NOVENO.- Que la masa de la liquidación de LA E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION VOLUNTARIA, constituida todos los bienes utilidades, rendimientos financieros, cualquier tipo de derecho patrimonial que ingrese o deba ingresar al patrimonio da la entidad estará de diciembre de 2007.

DECIMO.- Que están excluidos de la masa de liquidación de acuerdo con el artículo 29 del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007: a) Los recursos de seguridad Social, los cuales deberán ser entregados a la entidad que determine el Gobierno Departamental, b) Los recursos que transfiere el departamento, en virtud del convenio suscrito con la Nación destinados al pago de indemnizaciones, compensaciones, prestaciones sociales, pasivos y demás acreencias laborales, de los servidores públicos que estaban vinculados a la entidad c) Los recursos en virtud del convenio suscrito con la Nación destinados al pago de servicios personales directos o a través de terceros. d) Los bienes públicos que posea la entidad en liquidación, que conforme a la constitución y la ley sean inalienables, inembargables e imprescriptibles y bienes automotores. e) Las transferencias que haga el departamento producto de la Cofinanciación originada en los convenios suscritos con la Nación., f) Las demás que establece el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

PARÁGRAFO.- En consideración a que el pago de indemnizaciones, prestaciones, compensaciones y pasivo laboral y liquidación de personal, se efectuara (Sic) con cargo a los recursos del Convenio de Desempeño No. 0372 del 11 de diciembre de 2.007, suscrito con el Ministerio de Protección Social y el Departamento de Bolívar, cuyo giro se hacen directamente por fiducia, y que todos los funcionarios y ex funcionarios no necesitan hacerse parte como acreedores por disposición legal, las reclamaciones por este concepto se tienen acreditadas ante el Ministerio de Protección Social según las matrices diseñadas para ello y se desestiman frente al proceso de liquidación de la E.S.E. Tal como se relaciona en el anexo respectivo, puesto que están (Sic)



debidamente garantizado su reconocimiento y pago conforme al procedimiento expresamente señalado en el artículo 22 del Decreto 711 de 2.007 concordante con el artículo 29 ibidem (Sic) y el Convenio citado.

DECIMO (Sic) PRIMERO.- Que según lo expresado en el fallo proferido el 15 de febrero de 1985 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Carmelo Martínez Conn, fallo que es citado en el concepto 96006143-2 de la Superintendencia Bancaria del 27 de diciembre de 1996, se expresó lo siguiente sobre el reconocimiento de intereses moratorios por parte de la entidad intervenida:

"El acto demandado, (...), invoca como fundamento legal de la negativa a ordenar el pago de intereses moratorios, el artículo 822 del Código de Comercio, conforme al cual "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o escindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa", de suerte que como según la ley civil -artículo 1° de la Ley 95 de 1890 -, constituye fuerza mayor, "los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos", y conforme al inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil, "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar Indemnización de perjuicios", se concluye que la toma de posesión de e haberes y de la administración por parte de la Superintendencia Bancaria, constituye fuerza mayor, la que no genera intereses de mora a cargo de la persona intervenida conforme lo declara el citado inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil".

Y continúa el citado concepto 96006143-2 de la Superintendencia Bancaria, en el cual también se hace referencia al concepto número 0161-0011068 de esta misma Superintendencia, de fecha enero 11 de 1990:

"Y es que no se puede predicar válidamente que la deudora intervenida, a partir de la providencia administrativa de toma de posesión, se encuentra en mora de cancelar las obligaciones a su cargo, en razón a que la mora presupone el incumplimiento en el pago de una prestación debida, en cualquiera de los eventos previstos en el artículo 1608 del Código Civil, lo que no ocurre tratándose de procesos administrativos de liquidación. (Sic)

En consecuencia, por las razones expuestas en la Jurisprudencia y Conceptos que anteceden, la intervenida no reconocerá intereses moratorios ni costas a partir del 20 de diciembre de 2007, fecha en la cual se dispuso suprimir y liquidar al Hospital, como tampoco Honorarios, costas y agencias en derecho en aquellos casos en que se actúa como apoderado en el proceso liquidatorio en representación de acreedores.

Así mismo, LA E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, en calidad de E.S.E. deudora deberá liquidar los intereses generados hasta la fecha de apertura del trámite liquidatorio y su cancelación estará postergada al pago del capital calificado y graduado, de acuerdo con lo expuesto en la sentencia 575 del 16 de julio de 2003 de la Corte Constitucional.

DECIMO (Sic) SEGUNDO.- Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 y 29 del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007, numeral 2, literal j) del artículo 299 del Decreto 663 de 1993, que constituye el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999, Decreto 2211 de 2004, artículo 8° del Decreto 1543 de 1998, no pertenecen a la masa de la liquidación:

**NO MASA**

1. Los pagos de indemnizaciones obligaciones y liquidaciones de funcionarios y ex funcionarios retirados de la E.S.E. en Liquidación.
2. Los recursos de seguridad Social, los cuales deberán ser entregados a la entidad que determine el Gobierno departamental.
3. Los destinados al pago de indemnizaciones, compensaciones y prestaciones sociales de los servidores públicos vinculados a la E.S.E que se suprime y Liquidada.
4. Los incluidos en los convenios suscritos con la Nación destinados al pago de servicios personales directos e indirectos o a través de terceros.
5. Los bienes públicos que posea la entidad en liquidación que conforme a la constitución y la ley sean inalienables, inembargables e imprescriptibles.
6. Los recursos que transfiere el departamento, en virtud del convenio suscrito con la Nación destinado al pago de indemnizaciones, compensaciones, prestaciones, pasivos y demás acreencias laborales.
7. Las transferencias que haga el departamento producto de la Cofinanciación originada en los convenios suscritos con la Nación. Los demás que establece el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
8. En general, las especies identificables que aun encontrándose en poder de la Intervenido pertenezcan a otra persona, para lo cual se deberán allegar las pruebas suficientes.
9. En el Régimen Subsidiado los recursos que encontrándose en poder de la entidad sean indispensables para pagar los tratamientos en curso o aquellas prestaciones que se hagan exigibles durante el proceso de liquidación.
10. Los recursos no ejecutados por las Administradoras del Régimen Subsidiado, del porcentaje de la UPC-S destinados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a promoción y prevención.

DECIMO (Sic) TERCERO.- Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 300 del Decreto 663 de 1993, que constituye el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999 y el artículo 41 del Decreto 2211 de 2004, así como lo previsto en las Circulares de la Superintendencia Nacional de Salud, la restitución de sumas excluidas de la masa de liquidación se efectuará en la medida que las disponibilidades de la intervenida lo permitan, para lo cual el liquidador señalará cuantas veces sea necesario, períodos para adelantar total o parcialmente la restitución de dichas sumas.

DECIMO CUARTO.- Que de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 300 del Decreto 663 de 1993, que constituye el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2211 de 2004, el orden de prelación de los créditos a cargo de la masa de la liquidación se determinará conforme a las reglas generales del Código Civil, artículos 2494 a 2511 y el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, efectuando su restitución o pago en la medida en que las disponibilidades de la intervenida lo permitan, siendo dicha prelación la siguiente:



Primera clase: Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores; Créditos causados o exigibles por los trabajadores por concepto de sueldos, salarios, cesantías, prestaciones sociales y demás acreencias provenientes de los contratos laborales.

Segunda clase: Los créditos del fisco y de las municipalidades por impuestos fiscales y municipales devengados.

Tercera clase: Obligaciones financieras prenda hipotecas, pignoraciones.

Cuarta clase: Los del Fisco contra recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales.

Quinta clase: Comprende los bienes que no gozan de preferencia como los: Quirografarios, ejemplo: Honorarios originados en contratos y Ordenes de Prestación de Servicios, Títulos valores, Facturas cambiarias, Cuentas de Cobro, Servicios Personales, Arriendos, Suministros etc.

DECIMO (Sic) QUINTO.- Serán causales de rechazo de carácter administrativo, jurídicas, financiero-contables, tributario y presupuestalmente para las reclamaciones presentadas oportunamente que se encuentren clasificadas de conformidad con los siguientes códigos.

COD	CAUSAL
1	Inexistencia de la obligación. a) No se acredita la existencia de la obligación a cargo de LA E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, falta absoluta o parcial de soportes. b) cuando el bien o servicio no fue autorizado (por la entidad o se reclama una deuda que no aparece contabilizada c) Incierta documental y contablemente. d) Falta de la constitución de las garantías únicas exigidas en el contrato, e) La obligación no está a cargo del hospital en liquidación. F) El certificado de disponibilidad presupuestal es posterior a la fecha del perfeccionamiento de la obligación. G) Prejudicialidad.
2	Oportunidad presentación de cuentas. Que los servicios debieron ser prestados y ejecutados con anterioridad a la supresión y liquidación del Hospital, esto es 20 de Diciembre de 2007, según Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007.
3	No coincide el reclamante con el acreedor. Quien está reclamando en nombre propio no es el titular del derecho reclamado, quien está reclamando en nombre de otra persona que si (Sic) es titular no acredita la calidad mediante la cual actúa o la reclamación no viene firmada por quien tiene interés.
4	Pagado: a). Parcialmente, b). Totalmente c). Anticipos o abonos antes o durante la liquidación, d) descuentos de ley.
5	Doblemente reclamado. a) Se rechaza por haberse reclamado el mismo concepto en más de una oportunidad. b) Cuando se reclaman créditos por el legitimado apoderado y se incorporan procesos ejecutivos o ejecución siendo la misma obligación.
6	Los valores del contrato, actas de liquidación, factura, cuenta de cobro no coinciden con lo reclamado. La prueba sumaria difiere del original o copia que reposa en los archivos de la intervenida y de lo reclamado, y reclamación sin especificar valor del crédito.
7	Ausencia de poder. El apoderado no presentó el poder que lo acredita como tal.
8	Mala expedición del poder. El poder no es expedido por el acreedor, o el apoderado no acredita la calidad de abogado.
9	Contenido del poder. En el poder no se determina el asunto para el cual se confirió o para otros efectos; No se manifiesta las facultades que se le confieren al apoderado; y cuando se dirige incorrectamente, no específico al Proceso Liquidatorio.



10	<i>Poder sin presentación legal. No se hizo la correspondiente presentación personal del poder por parte del poderdante.</i>
11	Falta de representación legal o ausencia requisitos formales. a). La persona jurídica no anexó el Certificado de Cámara de Comercio sobre Existencia y Representación Legal, así como el acto administrativo de designación en el cargo y b). Falta de formalidad y firma de la reclamación, c) indeterminación de la cuantía, d) indeterminación de los motivos de la reclamación.
12	Vigencia del certificado de existencia y representación legal. El certificado fue expedido con más de noventa (90) días de antelación.
13	Falta pago del impuesto de timbre. No se canceló el respectivo impuesto de timbre cuando el contrato o pagaré era por una cuantía superior a la exigida para tal efecto por el Estatuto Tributario y normas que lo reglamenten.
14	Requisitos legales a) Las facturas no reúnen los requisitos legales y no se presentó otra prueba sumaria de la existencia de acreencia, b) lo facturado no coincide con lo contratado y efectivamente recibido por almacén o interventor y c) el Acreedor no ha actualizado la Información ante la DIAN.
15	No allego original de título de valor. a) En la reclamación no se adjuntó el original del título; b) En caso de libranza, esta no fue autorizada por el Hospital.
16	En curso proceso de reposición de títulos. Tratándose de derechos incorporados en título valor, no se adjuntó a la reclamación copia del denuncia por pérdida y la constancia del juzgado de que el proceso de reposición y cancelación se encuentra en curso.
17	Duda. En caso de duda de cualquier reclamación, el Liquidador la rechazará (Parágrafo del artículo 26 del Decreto 2211 de 2004).
18	Prueba siquiera sumaria. a) El interesado no aportó prueba siquiera sumaria del escrito de reclamación, conforme lo establece el artículo 23 del Decreto 2211 de 2004 y 35 del Decreto 711 del 20 de Diciembre de 2.007, b) Inexistencia de certificaciones supervisores e interventores sobre el cumplimiento de la obligación de los contratos e interventores.
19	Sentencias judiciales. No aportan sentencia por la autoridad judicial o estas no están debidamente ejecutoriadas, o sin liquidación de costas o agencias en derecho, que no se puede establecer su firmeza.
20	Prescripción y/o caducidad. a) prescripción, como extinción de derechos personales ajenos por no haberse ejercido durante el tiempo que la ley otorga para su ejercicio; b) caducidad como la sanción que impone la ley a quien debiendo realizar determinados actos o diligencias ordenados por ella no los lleva a cabo, quedando impedido para adquirir el derecho del cual es titular.

DECIMO (Sic) SEXTO.- Las glosas o rechazos de reclamaciones por concepto de prestación de servicios de salud presentadas por los interesados en el proceso de liquidación de LA E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, se clasifican de conformidad con los siguientes códigos y motivos de rechazo, validados y realizados por el grupo de profesionales de la liquidación.

MOTIVO DE GLOSAS MÉDICAS CÓDIGO CAUSAL

COD	CAUSAL
21	No coincide lo reclamado con lo certificado.
22	No aporta la factura o facturas ni soportes para acreditar la obligación.



23	<i>No coinciden las órdenes de pedido con lo suministrado por el contratista, no existen soportes de ingreso a almacén o farmacia.</i>
-----------	--

DECIMO (Sic) SÉPTIMO.- *Que de las reclamaciones condicionales o litigiosas derivadas de procesos ordinarios y contenciosos en virtud de la prejudicialidad anteriores a la iniciación del proceso liquidatorio se mantendrá una reserva adecuada para atenderlas si llegaren a hacerse exigibles o mientras termina el proceso respectivo, según el caso.*

DECIMO (Sic) OCTAVO.- *Que de conformidad con lo previsto en el numeral 19 del artículo 300 del Decreto 663 de 1993, que constituye el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999 y el artículo 38 del Decreto 2211 de 2004 y Decreto 711 del 20 de Diciembre de 2007, los créditos que se causen durante el curso de la liquidación por concepto de honorarios, salarios, prestaciones sociales y aquellos en los que incurra para la realización o recuperación de activos y conservación de archivos no se tomarán en cuenta para la aplicación de las reglas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se pagarán de preferencia como gastos de administración de la liquidación.*

DECIMO (Sic) NOVENO.- *Que el gerente liquidador oficio a los Jueces de la Republica, del inicio del proceso de liquidación de la E.S.E., con el fin de la terminación de los procesos ejecutivos por ellos tramitados, advirtiéndoles que*

En mérito de lo expuesto, el Liquidador de LA E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: *Reconocer personería para actuar en el proceso liquidatorio a los apoderados judiciales relacionados en el ANEXO No. 1 de la presente Resolución.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Rechazar el reconocimiento de personería para actuar en el proceso liquidatorio a los apoderados judiciales relacionados en el ANEXO NO. 2, de la presente Resolución, conforme a los motivos allí expuestos.*

ARTICULO (Sic) TERCERO.- TENER *como incorporadas dentro del término legal los créditos presentados por funcionarios y ex funcionarios, por concepto de indemnizaciones, prestaciones, compensaciones, pasivo laboral y liquidación de personal, sin embargo, se **DESESTIMAN** para reconocimiento y pago del proceso de calificación y graduación, debido a que están garantizados con cargo a los recursos del Convenio de Desempeño N° 0372 del 11 de diciembre de 2.007, suscrito con el Ministerio de Protección Social y el Departamento de Bolívar, y que para dichos funcionarios y exfuncionarios no se existía el requisito legal de hacerse parte como acreedores, conforme al procedimiento expresamente señalado en el artículo (Sic) 22 del Decreto 711 de 2.007 concordante con el artículo (Sic) 29 ibidem (Sic) y el convenio citado. Según **ANEXO No. 3.***

ARTICULO (Sic) CUARTO.- *Se aprueban las siguientes reclamaciones que fueron presentadas en el término legal con cargo a la MASA DE BIENES DE LA LIQUIDACIÓN, según lo establecido en los artículos 2494 a 2511 del Código Civil y el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, de conformidad con los códigos de aceptación mencionados en el **ANEXO 4** y considerando DECIMO TERCERO de la presente Resolución.*



ARTÍCULO QUINTO.- *Se aprueban las siguientes reclamaciones que fueron presentadas en el término legal, con cargo a los BIENES y SUMAS EXCLUIDOS DE LA MASA DE LA LIQUIDACIÓN, de conformidad con las: motivos codificados en el ANEXO No. 5 y teniendo en cuenta el considerando DECIMO SEGUNDO de la presente Resolución.*

ARTICULO (Sic) SEXTO.- SE RECHAZAN las siguientes reclamaciones que fueron presentadas dentro del término legal en relación con BIENES Y SUMAS EXCLUIDAS DE LA MASA DE LIQUIDACIÓN, de conformidad con las causales de rechazo codificadas en el **ANEXO No. 6** y considerando DECIMO SEGUNDO de la presente Resolución.

PARAGRAFO (Sic): *El soporte técnico de la Glosa se otorgará en forma individual a cada proveedor por cuenta de cobro y factura glosada, la cual hará parte integral de la presente Resolución.*

ARTICULO SEPTIMO (Sic).- SE RECHAZAN las siguientes reclamaciones presentada dentro de lo términos legales contra la MASA DE LA LIQUIDACION, de conformidad con los motivos codificados en el **ANEXO No. 7** y considerando DECIMO TERCERO.

ARTICULO (Sic) OCTAVO.- DEDUCIR del valor reconocido las sumas de dinero que empleados de LA E.S.E. HOSPITAL BAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, hayan obtenido en calidad de préstamos y se encuentren contabilizados, así como de las cuentas por cobrar de los prestadores de Servicios de Salud públicos y privados, que a la fecha estén debidamente registradas contablemente por concepto de impuestos nacionales, territoriales, tasas, contribuciones, estampillas, publicaciones y demás descuentos de ley al momento del pago de los créditos validamente (Sic) reconocidos.

ARTICULO (Sic) NOVENO.- RESTITUIR las SUMAS EXCLUIDAS DE LA MASA DE LA LIQUIDACIÓN en la medida en que las disponibilidades de la Intervenido lo permitan, directamente a los reclamantes o a sus apoderados o representantes legales debidamente facultados para ello, para lo cual el liquidador señalará, cuantas veces sea necesario, periodos para adelantar total o parcialmente la restitución de dichas sumas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 300 del Decreto 663 de 1993, que constituye el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Decreto 2211 de 2004.

ARTICULO DECIMO (Sic).- PAGAR los créditos a cargo de la **MASA DE LA LIQUIDACION**, en la medida en que las disponibilidades de la intervenido lo permitan, directamente a los reclamantes o a sus apoderados o representantes legales debidamente facultados para ello, para lo cual el liquidador señalará cuantas veces sea necesario periodos para realizar el pago parcial o total con sujeción a la prelación de créditos establecidos en el Código Civil.

ARTICULO UNDECIMO (Sic).- DAR TRATAMIENTO EXEPCIONAL a las siguientes reclamaciones por haber sido presentadas de manera EXTEMPORÁNEA de conformidad con lo señalado en el ANEXO No. 8, dándoseles el tratamiento definido en el artículo (Sic) 29 del Decreto 2211 de 2004.

ARTICULO (Sic) DUODÉCIMO.- INCORPORAR los procesos ejecutivos remitidos oportunamente por los juzgados de conocimiento, para tenerse como presentados oportunamente y extemporáneos los remitidos fuera del término (Sic) legal, según al ANEXO No.9.



ARTICULO (Sic) DÉCIMO TERCERO.- DECRETAR periodo de prueba por el término de veinte días hábiles, de los créditos relacionados en el ANEXO No. 7*9*9*10.

ARTICULO (Sic) DÉCIMO CUARTO.- Notificar por edicto la presente Resolución, la cual se fijará por el término de diez (10) días hábiles en las carteleras de la sede Principal de la Liquidada, ubicada en la Calle 22 entre, carrera 56 y 57, sector de Zaragocilla de la ciudad de Cartagena Bolívar, de conformidad con el artículo 27 del Decreto 2211 de 2004, en concordancia con lo previsto en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo y adicionalmente dentro de los primeros tres (3) días de fijación del edicto se publicará un aviso en periódico de amplia circulación informando: La expedición de la presente Resolución, la fijación del edicto, la fecha en que será desfijado, el termino para presentar recursos, el lugar o lugares en los cuales podrá consultar el texto completo de la presente Resolución.

ARTICULO (Sic) DÉCIMO QUINTO.- De conformidad con el artículos (Sic) 9 del decreto 711 del 20 de diciembre de 2007 y 28 del Decreto 2211 de 2004, contra la presente Resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse ante el liquidador acreditando la calidad en que se actúa dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a la desfijación del edicto por medio del cual se notifique.”³

**“RESOLUCIÓN No. 126
(Agosto 19 de 2008)**

Por medio de la cual se decide un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 051 del 19 de Mayo de 2008.

EL LIQUIDADOR DE LA ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN

En ejercicio de las facultades legales, especialmente las conferidas por el artículo 7 del Decreto Departamental No. 711 del 20 de diciembre de 2007, concordante con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 2211 de 2004, Circulares de la Superintendencia Nacional de Salud y Contaduría General de la Nación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad en liquidación y Decreto 11 del 11 de enero de 2008, por la cual se designó liquidador de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, expedido por el Gobernador de Bolívar, Y

CONSIDERANDO

Que mediante la Resolución No. 051 del 19 de mayo de 2008, se decidió sobre las reclamaciones de créditos presentados oportunamente; los bienes que integran la masa de la liquidación y los que están excluidos de ella; las reclamaciones aceptadas y rechazadas en relación con sumas y bienes excluidos de la masa de la liquidación; los créditos aceptados y rechazados contra la masa de la liquidación, señalando su naturaleza, cuantía, prelación de pago, y los privilegios o preferencias que la ley establece.

Que dicha Resolución fue notificada por edicto de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del C.C.A, fijado en la oficina principal por el término de diez (10) días hábiles ubicada en Barrio Zaragocilla Ciudadela de la Salud, del 19 de mayo al 11 de junio de 2008, publicados el día 23 de mayo de 2008 en diarios de amplia circulación: Nacional Diario La República y local Diario El

³ Folios 37 a 46 *ibidem*.



Universal, donde se advirtió que contra dicha resolución procedía el recurso de reposición, el cual debía ser interpuesto personalmente por el interesado o su apoderado dentro del término legal establecido, el cual estuvo comprendido entre el día 11 y el día 18 de junio de 2008, hora seis (6) PM.

*Que en cumplimiento de lo establecido en el inciso segundo del Artículo 28 del Decreto 2211 de 2004, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se corrió traslado en las instalaciones de la **ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION**, ubicada en el Barrio Zaragocilla, Ciudadela de la Salud, de los recursos de reposición interpuestos oportunamente contra la Resolución No. 051 de 19 de mayo de 2008, por el termino de cinco (5) días siguientes al vencimiento del término para su presentación, el cual empezó a correr el día 12 de Junio y venció el día 19 de 2008.*

Que con fundamento en los principios de igualdad de los acreedores y prevalencia del derecho sustancial que rige el debido proceso que se adelanta en la E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, es pertinente tener como oportuno el recurso del Doctor ALFREDO MANUEL VEGA BERRIO, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 73.154.001 de Cartagena en su condición de apoderado de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS PROFESIONALES -COOTRASOMED., por cuanto había sido ABIERTA A PRUEBA (Anexo 10 Resolución No. 051de mayo 19 de 2008).

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Solicita que se modifique la Resolución No. 051 de 19 de mayo de 2008 y se Incluya dentro de los bienes excluidos de la masa de la liquidación los bienes cedidos al patrimonio autónomo constituido en virtud del contrato suscrito entre la FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A antes FIDUCIARIA TEQUENDAMA S.A y la ESE Hospital San Pablo de Cartagena.

Requiere que se modifique la calificación dada al crédito de su poderdante como un crédito que carece de pruebas para su aceptación toda vez, que con la reclamación se aportaron pruebas suficientes y sumarias de la totalidad de los créditos reclamados. La acreencia de su poderdante debe ser aceptada en su totalidad.

Los fundamentos de hecho que sustentan su reclamación son; la ESE Hospital San Pablo firmo (Sic) el 25 de marzo de 2004 con la FIDUCIARIA TEQUENDAMA S.A. ahora FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A., contrato de Fiducia Mercantil, cuyo objeto consagrado en su clausula (Sic) primera dice textualmente: "el presente contrato de fiducia mercantil, se celebra con la finalidad que el fiduciario reciba y administre a titulo (Sic) de fiducia mercantil, los dineros provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de prestación de servicio de salud, cedidos por el FIDEICOMITENTE mediante el presente contrato o por documento separado, con el fin de administrarlos invertirlos temporalmente y efectuar los pagos de acuerdo a las instrucciones impartidas en el presente contrato..."

La ESE Hospital San Pablo de Cartagena firmo (Sic) con la FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A., el 21 de marzo de 2006 un nuevo negocio mercantil al que denominaron "CESION DE DERECHOS ECONOMICOS ENTRE LA FIDUCIA GNB SUDAMERIS S.A. Y LA ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA" cuyo objeto consagrado en su clausula primera dice: "mediante el presente contrato, la ESE transfiere irrevocablemente al cesionario la totalidad de los derechos económicos provenientes de servicios de urgencias prioritarios, cuyos pagos se producen mediante resoluciones de reconocimiento de servicios..."



Que la ESE realizo la cesión de los dineros de los contratos que suscribía con los entes territoriales y demás contratantes al mencionado patrimonio autónomo (Sic)

Que la fiducia incumplió sus obligaciones al no haber protegido los recursos que le fueron cedidos, ni de los terceros, ni el mismo constituyente.

El recurrente enumera en los dineros que el fiduciario no protegió.

Así mismo manifiesta que la gerencia de la ESE desconociendo el objeto del contrato fiduciario, ordeno (Sic) pagar con los dineros provenientes de los contratos ejecutados por los contratistas durante los años 2004, 2005 Y (Sic) 2006, los honorarios de las cooperativas y contratistas diferentes a los que había colaborado en la ejecución de los contratos efectivamente pagados, desconociendo así los derechos de dichos contratistas.

Que a la fecha el DADIS le adeuda ambulatorias, urgencias y hospitalización de los años 2006, 2007 la suma de \$ 4.143.102.780.00 conforme a comunicado de la señora Gerente del Hospital de 19 de noviembre pasado.... (Sic) Dineros que de acuerdo con el mencionado comunicado fueron cedidos al patrimonio autónomo, la deuda de DASALUD con la ESE también fue cedida al patrimonio autónomo (Sic)

Que los dineros que fueron cedidos al patrimonio autónomo no pueden ingresar a la masa de liquidación, toda vez que los mismos se hayan cedidos y sujetos a un fin contractual, y por ende los contratistas de la ESE que ejecutaron los contratos cuyos dineros fueron cedidos al patrimonio autónomo, son acreedores tanto del patrimonio autónomo como de la ESE en Liquidación, toda vez, que el hospital constituyo una fiducia mercantil como garantía de pago de sus acreencias.

Adiciona los hechos puesto que presento (SIC) los siguientes documentos probatorios: copia de la demanda ejecutiva que cursa en el Juzgado Tercero Civil del Circuito, copia del mandamiento de pago, copia del contrato de 2005, copia autenticada del comunicado AV 0443 07, donde remiten las autorizaciones solicitadas por la ESE, entre otros.

No es dable que la liquidación alegue que no tiene soportes documentales suficientes, siendo que un juez de la Republica considero (Sic) que existían pruebas suficientes para emitir un mandamiento de pago contra el que no se interpuso recurso alguno.

No incorporar dentro de los bienes excluidos de la masa de la liquidación los bienes cedidos, seria desconocer y perjudicar los derechos legales y constitucionales de todos los contratistas.

CONSIDERACIONES DE LA LIQUIDADADA

Para resolver el recurso presentado por el Doctor ALFREDO MANUEL VEGA BERRIO, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 73.154.001 de Cartagena en su condición de apoderado de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS PROFESIONALES-COOTRASOMED, contra la Resolución No. 051 del 19 de mayo del 2008, se considera por parte del Liquidador de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION lo siguiente

Tal y como se le informo (Sic) anteriormente La ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA suscribió contrato de fiducia mercantil con FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A. el 25 de marzo de 2004, cuyo objeto contractual era: " el



fiduciario reciba y administre a título (Sic) de fiducia mercantil los derechos económicos derivados de los contratos de prestación de servicios de salud cedidos por el fideicomitente, mediante el presente contrato o por separado, con el fin de administrarlos, invertirlos temporalmente y efectuar los pagos de acuerdo a las instrucciones impartidas al presente contrato, o en el futuro mediante escrito por parte del fideicomitente".

El 21 de Marzo de 2006 se realizo (Sic) una adición del contrato de fiducia mercantil suscrito FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A. el 25 de Marzo de 2004 mediante el cual se constituyo (Sic) el PATRIMONIO AUTONOMO (Sic) E.S.E SAN PABLO, cuyo objeto fue ceder los derechos económicos provenientes del servicio de urgencias y prioritarios, así como el proveniente de servicios de hospitalización y ambulatorios reconocidos mediante procesos de conciliación.

Es importante tener en cuenta las fechas en que fueron decretados los embargos relacionados en el escrito petitorio, habida cuenta que si estos fueron decretados antes de la constitución del patrimonio autónomo no podía oponerse ante terceros el contrato de fiducia mercantil, por ser este posterior a su decreto.

El contrato de fiducia mercantil en su clausula tercera estipula que: dineros se destinaran exclusivamente al pago de las obligaciones que mediante escrito dirigido al fiduciario instruya el fideicomitente, previo descuento de las comisiones y los gastos del patrimonio autónomo.

Los recursos provenientes de los contratos interadministrativos y de atención de urgencia cedidos por la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA, fueron embargados directamente en la fuente. Es decir, que quien desconocía la cesión de crédito era el contratante. Máxime que los contratantes fueron debidamente notificados de la cesión de los derechos económicos al PATRIMONIO AUTONOMO SAN PABLO.

Dentro del contrato de fiducia mercantil, no se estableció una destinación específica de los dineros cedidos al patrimonio autónomo, puede considerarse que los contratistas que colaboraron en la ejecución de los contratos efectivamente pagados fuesen los únicos destinatarios de dichos recursos. Los recursos podían destinarse al pago de cualquier acreencia de la entidad sin importar la vigencia en la que se contrajeron, sin tener en cuenta la calidad del acreedor.

*A la fecha de hoy, dentro del proceso liquidatorio se adelanta un proceso de depuración de la cartera vencida a fin de establecer el monto de los dineros provenientes de la prestación de los servicios de salud de la entidad. De conformidad a lo establecido en el Art. 4 del Decreto Departamental 711 que dispone: "**TERMINACION Y SUBROGACION DE LOS CONTRATOS**. Como consecuencia de la supresión de la entidad y del inicio del proceso de liquidación de la Empresa Social del Estado Hospital San Pablo De Cartagena en Liquidación, interadministrativos suscritos por la entidad". Mediante oficio radicado en la **FIDUCIARIA GNB** en fecha 17 de Febrero de 2008 se solicito (Sic) la terminación y liquidación del contrato de fiducia mercantil.*

En cuanto a las acciones encaminadas a recuperar los dineros no protegidos por la fiduciaria, entraña un estudio detallado, se requiere un análisis de cada situación particular para poder establecer los mecanismos necesarios a recuperar los dineros, si hay lugar a ello, en cabeza de quien recaía la responsabilidad y si en un momento dado existió omisión de las obligaciones por parte del fiduciario.



En cuanto a los derechos económicos cedidos al patrimonio autónomo, en virtud de la terminación del contrato de fiducia mercantil se extinguen las obligaciones y derechos derivados del mismo.

El proceso de liquidación es un proceso concursal y universal cuya finalidad esencial es el pago gradual y rápido del pasivo externo. El liquidador tiene la obligación de calificar todas las acreencias que son incluidas en el proceso liquidatorio, este ejerce funciones de auxiliar de justicia.

Sin embargo la regla general es que los actos preparatorios es decir aquellos que contribuyen a formar el juicio o criterio de la administración para decidir la actuación administrativa correspondiente que se profieran dentro de la actuación administrativa no son susceptibles de recurso alguno, artículo 49 del CCA. Así mismo lo dispone el artículo 179 del CPC: "...las providencias que decretan pruebas de oficio no admiten recurso alguno..." por lo que no es procedente la presentación de este recurso.

Al abrir a prueba su reclamación no se está desconociendo lo decidido por un juez de la república, se está dando aplicación a el artículo 34 del C.C.A el cual establece; "que durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado."; la finalidad de el periodo probatorio es realizar un análisis presupuestal, contable, exhaustivo y detallado de lo que la ESE en liquidación le adeuda realmente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS PROFESIONALES-COOTRASOMED y determinar si antes, durante o después del proceso ejecutivo se realizaron pagos; es decir el liquidador está cumpliendo la obligación impuesta por la ley que es la de realizar todas las actuaciones administrativas tendientes a proteger el patrimonio de la entidad al abrir un periodo probatorio dentro de la actuación antes de tomar una decisión de fondo.

En mérito de lo expuesto, el liquidador del ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- *Confirmar el artículo decimo (Sic) tercero parte (Sic) resolutive de la Resolución No. 051 del 19 de mayo de 2008, y por lo tanto no acceder a las pretensiones del recurrente con base en los motivos expuestos en los considerandos de la presente resolución.*

ARTÍCULO SEGUNDO.- *Que contra la presente resolución no procede recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil y artículo 50 del C.C.A.*

ARTICULO (Sic) TERCERO.- *Notifíquese el contenido de la presente resolución a los recurrentes en la forma prevista en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.⁴ (Negritas y subrayas del texto original)*

1.4. Normas violadas y concepto de violación

⁴ Folios 8 a 13 *ibídem*.



Como normas infringidas, la demandante alegó las contenidas en los artículos 2, 29 y 228 de la Constitución Política, los Decretos 254 de 2000 y 2211 de 2004 y los artículos 2, 4 y 7 del Decreto Departamental 711 de 2008.

1.4.1. En el acápite denominado como “*HECHOS U OMISIONES QUE FUNDAMENTAN LA ACCIÓN*”, esgrimió lo que se sintetiza a continuación:

Manifestó que el 25 de marzo de 2004, la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena firmó un contrato de fiducia mercantil irrevocable con la Fiduciaria Tequendama S.A., ahora Fiduciaria GNA Sudameris S.A., con el objeto de que esta última entidad recibiera y administrara los dineros provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de prestación de los servicios de salud cedidos por dicho hospital.

Dijo que ambas entidades, el 21 de marzo de 2006, suscribieron un nuevo contrato de fiducia llamado como “*CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS ENTRE LA FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS S.A. Y LA E.S.E HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA*”, en el que se cedieron a la sociedad fiduciaria la totalidad de derechos económicos provenientes de los servicios de urgencias y prioritarios, cuyos pagos se producen mediante resoluciones de reconocimiento de servicio. Así como los emolumentos derivados de los servicios de hospitalización y ambulatorios que sean acordados en los procesos de conciliación.

Dijo que, en virtud de los citados negocios jurídicos, la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena realizó la cesión irrevocable de los dineros de los contratos que suscribía con entes territoriales y demás contratantes al citado patrimonio autónomo.

Anotó que la fiduciaria incumplió sus obligaciones al no haber protegido los recursos que le fueron cedidos de terceros ni del mismo constituyente. Particularmente, mencionó que, en el Convenio Interadministrativo celebrado entre la Gobernación del Bolívar y la Fiduciaria en el año 2004, fueron embargados del patrimonio autónomo cerca de cuatrocientos sesenta y cuatro millones doscientos noventa y nueve mil pesos (\$464.299.000), por parte de los Juzgados Octavo, Segundo, Sexto y Séptimo Laboral de Circuito de Cartagena.



En cuanto al Convenio No. 08 de 2005, dijo que fueron embargados o cedidos los siguientes recursos sin que se hubieran interpuesto las acciones pertinentes para su recuperación: (i) ciento siete millones ciento setenta y un mil doscientos noventa y un pesos (\$107.171.291) embargados por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito, (ii) treinta y cinco millones de pesos (\$35.000.000), cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) y cuarenta y siete millones cuatrocientos sesenta y tres mil cincuenta pesos (\$47.463.050) que fueron girados a PROFAQUIFAR LTDA, y (iii) cuarenta y siete millones cuatrocientos sesenta y tres mil cincuenta pesos (\$47.463.050), que fueron embargados por el Juzgado Segundo Civil del Municipal en el proceso número de radicación 0718 de 2003.

Afirmó que, de los recursos que tienen como causa la Resolución No. 338 de 2006, proferida por la Alcaldía Mayor de Cartagena, el fiduciario permitió que una parte de los mismos fuera girada al patrimonio autónomo y la otra en sumas indeterminadas al Banco Agrario dentro de los trámites que se adelantan en el Juzgado Trece Civil Municipal, el Juzgado Sexto Civil Municipal y el Tribunal Administrativo del Bolívar, y cuyos demandantes son los señores Electo Cáliz Fernández, Adriana Patricia Quintero y la Fundación Fanar, respectivamente.

Aseguró que las anotadas sumas de dinero deben ser recuperadas directamente por el Fiduciario por pago de lo no debido.

Resaltó que la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, desconociendo el objeto del contrato fiduciario, ordenó *“pagar con los dineros provenientes de los contratos ejecutados por los contratistas durante los años 2004, 2005 y 2006, los honorarios de cooperativas y contratistas diferentes a los que habían colaborado en la ejecución de los contratos efectivamente pagos, desconociendo así los derechos de dichos contratistas, lo que constituye un incumplimiento más de la fiduciaria al no cumplir con sus obligaciones legales y contractuales de administración de los recursos, pero lo que a todas luces constituye también un incumplimiento de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena”*⁵

Dijo que, para la fecha de interposición del libelo introductorio, el Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena – DADIS – le adeudaba a la E.S.E.

⁵ Folio 6 ibídem.



Hospital San Pablo de Cartagena cerca siete mil millones de pesos (\$7.000.000.000.000.) y que DASALUD le debía cuatrocientos once millones setecientos ochenta y seis mil trescientos sesenta y ocho pesos (\$411.768.368). Arguyó que, de acuerdo con un comunicado del 19 de noviembre de 2007, dichos dineros fueron cedidos al patrimonio autónomo.

Sostuvo que los dineros cedidos al patrimonio autónomo no pueden ingresar a la masa de liquidación debido a que los mismos fueron transferidos irrevocablemente y están sujetos a un contrato. Añadió que los contratistas de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena que ejecutaron contratos cuyos recursos fueron cedidos al citado patrimonio autónomo, son beneficiarios de este y, en consecuencia, son también acreedores de éste y de la citada E.S.E.

Dijo que, pese a ello, el Gerente Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en liquidación expidió la Resolución No. 051 del 19 de mayo de 2018, sin excluir de la masa de liquidación los dineros cedidos al patrimonio autónomo. Reprochó que en contra de esa decisión interpuso recurso de reposición, que fue desatado de forma desfavorable a sus pretensiones a través de la Resolución No. 126 del 19 de agosto de 2008.

1.4.2. En el acápite que llamó “NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN”, mencionó que las Resoluciones No. 051 del 19 de mayo de 2008 y 126 del 19 de agosto de 2008 fueron proferidas con violación de las normas en que deberían fundarse, en forma irregular, desconociendo los derechos de audiencia y defensa, con falsa motivación y desviación de poder.

Particularmente, fueron esgrimidos los siguientes cargos:

1.4.3. **“NULIDAD TOTAL DE LA RESOLUCIÓN No. 051 del 19 DE MAYO DE 2008 y la (Sic) RESOLUCIÓN Nº 126 DE AGOSTO 19 DE 2008 POR VIOLACIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE”⁶**

1.4.3.1. **“VIOLACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES”**

⁶ Folio 190 *ibídem*.



1.4.3.1.1. Indicó que el Agente Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena transgredió el artículo 2 de la Constitución Política, puesto que tenía el deber de garantizar los derechos de la empresa demandante y de los demás acreedores, excluyendo de la masa en liquidación los recursos que fueron cedidos al patrimonio autónomo constituido en virtud del contrato de fiducia mercantil irrevocable y su adición con la Fiduciaria Tequendama S.A., ahora Fiduciaria GNB Sudameris S.A., y no lo hizo.

Adujo que el Agente Liquidador *“complicó la posibilidad de que cualquier acreedor beneficiario del Patrimonio Autónomo E.S.E. SAN PABLO, pudiera hacer efectivo su derecho, al incorporar dichos dineros a la liquidación, contrariando así los principios por la ley y la recta razón, para la definición de los dineros que hacen arte de la masa en liquidación de una entidad”*⁷.

Sostuvo que, aún si, en gracia de discusión, se aceptara que los dineros cedidos al patrimonio autónomo hacen parte de la masa de liquidación, también se habría vulnerado el citado artículo constitucional, en razón a que, al incorporar dichos recursos en la masa, debió calificar y reconocer a los beneficiarios como acreedores prendarios de éste.

1.4.3.1.2. Manifestó, sobre la vulneración del artículo 29 *ibídem*, que su fundamento sería expuesto en un acápite posterior del escrito de la demanda.

1.4.3.1.3. Frente al artículo 228 de la Carta Fundamental, adujo que el Agente Liquidador desatendió los hechos probados en el expediente y omitió aplicar normas sustanciales, lo que redundó en que se desconozcan las obligaciones que fueron adquiridas con esa empresa, dado que, aseguró, prestó cumplidamente sus servicios.

1.4.3.2. **“VIOLACIÓN DEL DECRETO 254 DE 2000 Y DEL DECRETO 2211 DE 2004”**

Expresó que, para el estudio de las irregularidades que expuso en este cargo, partió del análisis del artículo 24 del Decreto 254 de 2000, que definió que el término para presentar reclamaciones, el traslado y las decisiones sobre ellas se sujetarían a las disposiciones que le son aplicables a las entidades financieras, esto es, el Decreto

⁷ *Ibídem*.



2211 de 2004. Igualmente, que el último de los decretos citados regula lo concerniente a los entes que se encuentran sujetos a toma de posesión y liquidación forzosa administrativa.

Aseguró que el Agente Liquidador actuó excediendo sus atribuciones y omitiendo el cumplimiento de sus deberes, incurriendo con ello en “vía de hecho por defecto sustantivo y procedimental”, por las siguientes razones: **(i)** por extinguir obligaciones y derechos derivados del contrato de fiducia mercantil por fuera de las competencias que le son propias, por cuanto el artículo 4 del Decreto Departamental 711 de 2008 y el artículo 22 del Decreto 2211 de 2004, lo facultan exclusivamente para terminar y subrogar contratos, de tal manera que el de fiducia mercantil debía entrar en etapa de liquidación en la que se verificara el cumplimiento de las obligaciones que la Fiduciaria o el Patrimonio Autónomo hayan adquirido, máxime cuando los dineros cedidos son de propiedad de la fiducia; **(ii)** al no solicitar a los beneficiarios del patrimonio autónomo la autorización de que trata el artículo 20 del Decreto 2211 de 2004, aplicable por analogía, para la inclusión de los recursos cedidos de manera irrevocable a la masa de liquidación e identificándolos, de ser necesario, a través de la Superintendencia Financiera; **(iii)** por la omisión de velar por el cumplimiento del principio de publicidad en el proceso de liquidación, **(iv)** por no considerar a los contratistas que colaboraron con la ejecución de los contratos cedidos al Patrimonio Autónomo como beneficiarios de esos recursos. En este punto aseguró que era suficiente prueba, para demostrar su calidad de beneficiario en el patrimonio autónomo, los negocios jurídicos suscritos por esa entidad con la E.S.E. en liquidación y cuyos objetos eran ejecutar los contratos que esta última acordó con los entes territoriales con dineros que tenían una destinación específica, **(v)** cuestionó que no correspondía al Liquidador definir el ingreso de los dineros de determinados contratos a la masa de liquidación y la inexistencia de beneficiarios, en el evento que no se encuentren los soportes de las obligaciones, puesto que se trata de una prerrogativa exclusiva de las autoridades judiciales, y **(vi)** en caso de estimar que los dineros cedidos al patrimonio autónomo hacen parte de la masa de liquidación y de manera subsidiaria, los referidos contratistas debieron ser tenidos como acreedores prendarios de los recursos que se incorporaron a la masa de liquidación, aplicando por analogía el numeral 7 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

1.4.3.3. **“VIOLACIÓN DEL DECRETO DEPARTAMENTAL 711 DE 2008”**



Argumentó que los actos enjuiciados desconocieron lo dispuesto en los artículos 2, 4 y 7 del Decreto 711 de 2008. Así, frente al artículo 2º *ibidem*, mencionó que el mismo fue vulnerado dado que, al tratarse de una Empresa Social del Estado, la liquidación del Hospital San Pablo de Cartagena debió guiarse por el Decreto Ley 254 de 2000.

Sobre el artículo 4º *ibidem*, señaló que el mismo fue violado debido a que fueron extinguidas obligaciones y derechos que nacieron legítimamente durante la vigencia de los contratos de fiducia, por lo que el Agente Liquidador había excedido las facultades que tenía sobre esa materia.

En cuanto al artículo 7º *ibidem*, adujo que el mismo fue quebrantado debido a que no se observó el principio de publicidad dentro del proceso de liquidación.

1.4.3.4. **“NULIDAD TOTAL DE LA RESOLUCIÓN No. 051 DEL 19 DE MAYO DE 2008 y la (Sic) RESOLUCIÓN N° 126 DE AGOSTO 19 DE 2008 POR EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO”.**⁸

Refirió que, aun cuando el proceso de liquidación forzosa administrativa es un trámite reglado y el contrato de fiducia mercantil también se encuentra regulado en la ley mercantil, *“se apartaron de las reglas y normas legales, y crearon su propia solución para evadir la cesión irrevocable hecha al patrimonio autónomo en virtud de las obligaciones derivadas del contrato de Fiducia Mercantil, omitieron cumplir trámites obligatorios para definir las obligaciones vigentes de la fiduciaria y atentaron contra los elementales y fundamentales principios que rigen la actuación administrativa”*⁹.

Manifestó que, en caso de que se considere que los dineros cedidos al patrimonio autónomo hacen parte de la masa de liquidación, lo cierto era que, en el procedimiento de liquidación, se apartaron de las reglas comerciales que debieron ser aplicadas por analogía.

1.4.3.5. **“NULIDAD TOTAL DE LA RESOLUCIÓN No. 051 DEL 19 DE MAYO DE 2008 y la (Sic) RESOLUCIÓN N° 126 DE AGOSTO 19 DE 2008 POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA”**¹⁰

⁸ Folio 193 *ibídem*.

⁹ Folio 194 *ibídem*.

¹⁰ *Ibídem*.



En este acápite aseveró que se le violó a la demandante su derecho de defensa, con fundamento en que: **(i)** no se realizó de manera expresa la exclusión de la masa de la liquidación de los dineros que habían sido cedidos de manera irrevocable al patrimonio autónomo, lo que impidió que beneficiarios de éste pudieran ejercer sus derechos, **(ii)** se omitió convocar a través del emplazamiento a los beneficiarios del patrimonio autónomo para que decidieran sobre el destino de los recursos económicos que allí se encontraban, y **(iii)** *“POR NO REALIZAR LA PUBLICIDAD DE LA LA (Sic) EXCLUSIÓN DE LA NO MASA DE LOS DINEROS CEDIDOS DE MANERA IRREVOCABLE AL PATRIMONIO AUTÓNOMO E.S.E. SAN PABLO, SU SIGNIFICADO Y SU ALCANCE”*¹¹, lo que implicó que los acreedores no pudieran presentar los recursos de ley de manera eficiente y eficaz; además, debido a que la Resolución nro. 051 de 2008, no tiene explicación ni mención alguna acerca de las consecuencias de omitir la inclusión de los recursos del patrimonio autónomo dentro de aquellos catalogados como la “no masa”, para la adecuada defensa del derecho de propiedad.

1.4.4. “NULIDAD TOTAL DE LA RESOLUCIÓN No. 051 DEL 19 DE MAYO DE 2008 y la (Sic) RESOLUCIÓN Nº 126 DE AGOSTO 19 DE 2008 POR FALSA MOTIVACIÓN”.¹²

Indicó que la argumentación expuesta para sustentar la no exclusión de la masa de liquidación de los dineros que fueron cedidos al patrimonio autónomo evidencia la configuración de la causal de nulidad de falsa motivación por razones fácticas y jurídicas.

Las primeras, en la medida en que se adujeron argumentos que no se compadecen con la realidad, por ejemplo, al señalar que *“dentro del contrato de fiducia mercantil no es estableció una destinación específica de los dineros cedidos al patrimonio autónomo, por lo que no se puede considerar que los contratistas que colaboraron en la ejecución de los contratos efectivamente pagados fuesen los únicos destinatarios de dichos recursos”*¹³, puesto que el contrato de fiducia mercantil estipuló que la orden del destino de los dineros para cumplir con las obligaciones legales y contractuales, en virtud de las cuales se cedieron unos recursos del situado fiscal de la Nación con destinación específica.

¹¹ Folio 195 *ibídem*.

¹² *Ibídem*.

¹³ *Ibídem*.



Adicionalmente, al indicar que “los recursos provenientes de los contratos interadministrativos y de atención de urgencia cedidos por la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA, fueron embargados directamente en la fuente. Es decir, que quien desconocía la cesión era el contratante. Máxime que los contratantes fueron debidamente notificados de la cesión de los derechos económicos al PATRIMONIO AUTÓNOMO SAN PABLO”¹⁴, en tanto el alegado desconocimiento no implica la inexistencia de las obligaciones que deben ser cumplidas y que, al no ser observadas, perjudicaron a los beneficiarios de la fiducia y al mismo fiduciante.

Por último, cuando se afirma que, “en cuanto a los derechos económicos cedidos al Patrimonio Autónomo en virtud de la terminación del contrato de fiducia mercantil se extinguen las obligaciones y derechos derivados del mismo”¹⁵, habida cuenta que no es cierto que por terminarse el contrato de fiducia mercantil se terminen las obligaciones del patrimonio autónomo de forma *ipso iure*.

Respecto de las razones jurídicas, señaló que la decisión de no excluir de la masa de liquidación los dineros que habían sido cedidos al patrimonio autónomo de manera irrevocable se fundó en razones no establecidas en la Ley, sino en unas creadas *motu proprio* por el Agente Liquidador bajo la denominación de terminación y subrogación de los contratos como consecuencia de la supresión e inicio del proceso de liquidación de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena. Reprochó que la inclusión de dichos recursos en la masa de liquidación a través de la Resolución No. 051 del 19 de mayo de 2008 era desleal y que atentaba en contra de los derechos de audiencia, defensa, debido proceso, a la igualdad y buena fe.

1.4.5. “NULIDAD TOTAL DE LA RESOLUCIÓN No. 051 DEL 19 DE MAYO DE 2008 y la (Sic) RESOLUCIÓN Nº 126 DE AGOSTO 19 DE 2008 POR DESVIACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DEL LIQUIDADOR”¹⁶

Manifestó, tras referirse extensamente a esta causal de nulidad, que los actos acusados deben ser declarados nulos por idénticas razones a las señaladas en el numeral 1.4.3.2. de esta providencia. Sin embargo, indicó como aspecto adicional, que

¹⁴ Folio 196 *ibídem*.

¹⁵ *Ibídem*.

¹⁶ *Ibídem*.



se estructura también en razón que se eximió a la fiduciaria de sus obligaciones legales y contractuales en desmedro de los intereses de los acreedores y del Estado.

Luego, expresó que, *“Al expedirse el acto cuestionado se desconoció el justo equilibrio previsto entre los derechos del administrado y los intereses de la administración, dejando de lado de esta prerrogativa legal, y el órgano administrativo en su política equivocada en este manejo desatendiendo la realidad procesal que se encuentra en sus propios archivos, sin acatar los procedimientos legales estatuidos”*¹⁷.

1.4.6. **“NULIDAD PARCIAL DE LA RESOLUCIÓN ROA No. 0033-07”**

Sobre la anotada pretensión subsidiaria, hizo extensivos los reparos esgrimidos para su petición principal.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. El Gerente Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena¹⁸ presentó su escrito de contestación y, luego de referirse a la veracidad de los hechos indicados en la demanda y la naturaleza jurídica de esa entidad, planteó que el proceso de liquidación tuvo lugar con ocasión de lo dispuesto en el Decreto Departamental 711 de 2007 y finalizó con la firma del acta de cierre del 24 de febrero de 2009, que fue publicada en el diario La República y en el periódico El Universal los días 3 y 4 de marzo de 2009, sin que en contra ella se haya interpuesto recurso alguno.

2.1.1. En el acápite de “FUNDAMENTOS DE DERECHO” aseguró que el citado hospital fue creado mediante el Decreto No. 1000 del 25 de noviembre de 1994, modificado por el Decreto 665 del 5 de julio de 1995 y que, luego de un estudio técnico sobre la prestación de servicios de salud en Cartagena y de una propuesta de reorganización y modernización de la red departamental de salud, presentado por el Departamento de Bolívar al Departamento Nacional de Planeación – DNP, se determinó que ese centro hospitalario mostraba una producción descendente, con un portafolio de servicios limitado y baja capacidad resolutive, lo que generaba una ineficiente prestación del servicio e impedía la atención oportuna de las obligaciones

¹⁷ Folio 198 *ibídem*.

¹⁸ Visto a folios 58 a 92 del Cuaderno del Consejo de Estado (Apelación Auto Autoridades Distritales).



y acreencias laborales, circunstancia que llevó a que, mediante el Decreto 711 de 2007, se suprimiera y ordenara su liquidación.

Manifestó que, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 49 del Decreto Departamental 711 de 2007 y 30 del Decreto Ley 254 de 2000, el Gerente Liquidador expidió la Resolución nro. 511 del 3 de marzo de 2009, por medio de la cual declaró culminado el proceso de liquidación. No obstante, la terminación de la existencia legal de la referida entidad quedó supeditada a que dentro de los dos (2) meses siguientes se realizaran todos los actos propios de esa última etapa, tales como hacer cierre de la contabilidad, culminar los trámites pendientes, cancelar el NIT, celebrar el contrato de fiducia mercantil y la constitución del patrimonio autónomo de remanentes, entre otros, término que fue prorrogado por dos (2) meses más, hasta el 5 de julio de 2009.

Explicó que el contrato de fiducia mercantil se firmó el 3 de julio de 2009, con la Fiduciaria La Previsora, por lo que es esa entidad la encargada del manejo de todos los asuntos administrativos, judiciales y patrimoniales de la extinta E.S.E Hospital San Pablo de Cartagena; sin embargo, la representación judicial se ejercería por el Liquidador en virtud del contrato de prestación de servicios con él suscrito.

2.2. Por su parte, la **Fiduciaria La Previsora S.A.**, luego de explicar la naturaleza jurídica de las sociedades fiduciarias, la regulación legal de la fiducia mercantil como negocio jurídico y los antecedentes de esa sociedad, expresó que no le constaban los fundamentos fácticos de la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, básicamente con fundamento en que no intervino en el proceso de liquidación de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, debido a que fue la administradora del patrimonio autónomo de remanentes lo que la obligaba al manejo de los recursos y activos fideicomitidos con el propósito de realizar los pagos de las obligaciones hasta la concurrencia de los recursos, sin que por ello se asumiera la calidad de parte, cesionaria o subrogataria de la entidad liquidada.

Manifestó, con fundamento en el objeto del Contrato de Fiducia Mercantil nro. 3-1-13236 del 3 de julio de 2009, que no fue la encargada de la representación judicial de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, puesto que se trata de una obligación exclusiva del Departamento de Bolívar; lo que significa que no



puede ser tenida como sucesora procesal y/o encargada de los asuntos judiciales de aquella, además, debido a que el vínculo contractual finalizó el 2 de julio de 2010.

Añadió que lo descrito permite afirmar que tampoco operó la sustitución patronal.

Insistió en que el patrimonio autónomo no recibió recursos para cubrir obligaciones asociadas al pago de condenas judiciales impuestas en aquellos procesos en los que la fideicomitente haya intervenido, y en esa medida, las mismas le corresponden al Departamento de Bolívar, así como el seguimiento, control y vigilancia de los procesos judiciales en los que intervenga.

Finalmente, luego de transcribir apartes del Contrato de Fiducia Mercantil, y remitiéndose a lo explicado anteriormente, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.2.1. En el escrito de contestación de la reforma de la demanda reiteró en su integridad lo dicho al contestar la demanda.

2.3. El **Departamento de Bolívar** contestó la demanda proponiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, argumentando que no expidió los actos enjuiciados, sino que lo hizo el Gerente Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo, entidad pública descentralizada del orden departamental que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que la faculta para ser sujeto pasivo en las actuaciones judiciales.

Concluyó que, si bien es cierto, cuando una Empresa Social del Estado entra en liquidación no puede continuar desarrollando su objeto social y su capacidad jurídica se limita a expedir actos, suscribir contratos y adelantar las actuaciones necesarias para llevar a cabo dicho proceso, a ese ente territorial solo le correspondía ejercer la vigilancia administrativa del servicio que se prestaba, sin ningún tipo de control sobre los actos y decisiones del Gerente Liquidador.

2.3.1. En el escrito de contestación a la reforma de la demanda, además de reiterar lo dicho en la contestación inicial, agregó que no le constan los hechos de la demanda, en la medida que no participó en la relación contractual entre la demandante y el referido hospital.



Refirió al marco normativo que rigió el proceso de liquidación de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena y expuso argumentos generales sobre el mismo, particularmente a su finalidad, lo que fundamentó en lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 18 de febrero de 2010, proferida dentro del expediente 00110-01, y en las sentencias C-291 de 2002, C-735 de 2007 y C-140 de 2001, emitidas por la Corte Constitucional.

Manifestó que el trámite liquidatorio es un procedimiento concursal y universal, cuyo objeto es la determinación de activos y el pago de pasivos con la mayor prontitud, por lo que las normas que regulan esa clase de procesos tienen aplicabilidad “*prima facie*”, ello en desarrollo de los postulados del Decreto 254 de 2000.

De igual forma, propuso las excepciones que denominó: **(i)** “1. *INEXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR*”¹⁹, **(ii)** “1.1. *EL DEPARTAMENTO Y LA RELACIÓN DE CONTROL QUE EJERCE. NO HAY RESPONSABILIDAD.*”²⁰, **(iii)** “*DEBER DE CONSTITUCIÓN DE UN PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES*”²¹, **(iv)** “*EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR NO ESTÁ OBLIGADO A PAGAR LAS CONDENAS CONTRA LA ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN.*”²² y **(v)** “*PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS*”²³

2.3.1.1. En relación con la primera de las excepciones de mérito propuestas, se refirió a la figura del enriquecimiento sin causa, concluyendo, luego de citar apartes de la providencia del 17 de marzo de 2010, dictada dentro del expediente 16452, por la Sección Tercera de esta Corporación, que no se cumplen los presupuestos jurisprudenciales de la figura, en el entendido que la prestación del servicio cuyo pago se reclama se hizo a la E.S.E. demandada y no al Departamento de Bolívar, con quien la empresa demandante no ha tenido ninguna relación contractual; y en ese sentido, no ha generado confianza legítima alguna, como sí ocurrió con aquel centro hospitalario.

¹⁹ Folios 332 a 333 *Ibidem*.

²⁰ Folios 334 a 335 *Ibidem*.

²¹ Folios 335 *ibidem*.

²² Folio 336 *ibidem*.

²³ *Ibidem*



2.3.1.2. Frente a la segunda excepción señaló que los artículos 103 a 105 de la Ley 489 de 1998, citados por la parte demandante para sustentar sus argumentos sobre la responsabilidad del Departamento de Bolívar, se refieren al control que ejerce el nivel nacional de la administración pública sobre las entidades adscritas y vinculadas, no sobre el control de los entes territoriales.

En relación con el artículo 5, 7 y 11 del Decreto 1876 de 1994, anotó que está referido a la existencia de una Junta Directiva dentro de la estructura organizacional de las Empresas Sociales del Estado, la cual tiene dentro de sus funciones mantener la unidad de los objetivos e intereses de la entidad, en el marco de los objetivos institucionales, así como asignar recursos, adoptar normas de eficiencia y calidad, y, si bien el Gobernador hace parte de ese órgano decisorio, no toma las determinaciones unilateralmente, sino que lo hace como integrante de aquel para que sean ejecutadas directamente por el gerente. Resaltó que la Gobernación no puede inmiscuirse en asuntos propios de la ESE, como su funcionamiento interno, y mucho menos ejercer un control jerárquico sobre ésta, dada la autonomía administrativa y financiera de las que gozan las Empresas Sociales del Estado.

Destacó que el artículo 20 *ibidem* dispone que el control de tutela tiene como objeto el control de las actividades y la coordinación de éstas con la política general, es decir, la ejecución del objeto social de la E.S.E., que es la prestación del servicio de salud y que ésta se haga en coordinación con la política pública del sector; y, en ese sentido, no puede el Departamento de Bolívar inmiscuirse en la gestión de los asuntos propios de aquella y mucho menos ejercer un control jerárquico sobre las decisiones de su gerente revocándolas, lo que descarta el escenario de responsabilidad que se propone, máxime cuando el numeral 43.1.4 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001 define claramente las competencias de los departamentos en materia de salud.

2.3.1.3. Anotó, frente a la tercera excepción, que la sociedad demandante presentó acción de cumplimiento en contra del Departamento de Bolívar para que éste constituyera el patrimonio autónomo de remanentes de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en atención a lo regulado en el artículo 46 del Decreto 711 de 2007, la cual fue fallada en el sentido de negar las pretensiones, entre otras razones, porque ese ente territorial no estaba obligado a ello, sino que se trataba de un deber del Gerente Liquidador, quien ya lo había hecho.



2.3.1.4. La cuarta de las excepciones la fundamentó en que el hecho que el Departamento de Bolívar haya actuado como fideicomitente en la extinción de la personería jurídica de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena no implica que asumiera todas las obligaciones de éste o que se haya subrogado, en la medida que no existe norma legal que así lo disponga. Igualmente, que dicha calidad se extinguió con la terminación del contrato de fiducia mercantil en el mes de julio de 2010 y que no están dados los presupuestos para entender que se configura una sucesión procesal.

Puso de presente que ese ente territorial solo está obligado a cancelar las eventuales condenas que se profieran en los procesos judiciales relacionados con las contingencias establecidas en la Resolución nro. 450 de 2009.

2.3.1.5. Finalmente, para sustentar la última excepción, solicitó que se declare la prescripción de los derechos de la demandante, una vez se pruebe su existencia.

III. LA SENTENCIA APELADA

3.1. Mediante sentencia del 16 de diciembre de 2014²⁴, el **Tribunal Administrativo de Bolívar** resolvió lo siguiente:

"FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria la Previsora S.A., por los motivos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda incoada por la COPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS PROFESIONALES-COOTRASOMED contra la ESE Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación – Gobernación de Bolívar.

TERCERO: No condenar en costas a la parte vencida.

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente, previa liquidación de los gastos judiciales.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE²⁵

²⁴ Vista a folios 695 a 716 del Cuaderno nro. 2 del Tribunal.

²⁵ Visto a folio 716 *ibidem*.



La anterior decisión se apoyó en las siguientes consideraciones:

3.2. De manera previa al estudio del caso en concreto, el Tribunal, luego de traer a colación apartes del Acta de Cierre del proceso de liquidación del Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, suscrita el 24 de febrero de 2009, y del acta de terminación y liquidación del Contrato de Fiducia Mercantil nro. 3-1-13236 convenida entre el Gerente Liquidador del citado centro hospitalario y la Fiduciaria La Previsora S.A., concluyó que, a partir del 15 de noviembre de 2011, el Departamento de Bolívar asumió la carga pasiva de la E.S.E. liquidada, razón por la cual representa sus intereses jurídicos; y de resultar estimadas las pretensiones de la demanda, es el llamado a restablecer los derechos de la demandante. Con fundamento en esto, despachó desfavorablemente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por ese ente territorial y la declaró probada en relación con la Fiduciaria La Previsora.

Advirtió que no podía confundirse que el citado ente territorial era el llamado a restablecer los derechos de la actora en caso de prosperar una eventual sentencia estimatoria con el juicio de legalidad que deba hacerse de los actos administrativos censurados.

3.3. Identificó como problemas jurídicos a resolver los siguientes: (i) *“¿Forman parte de la masa de liquidación, los dineros cedidos para su administración al patrimonio autónomo constituido por la entidad pública que luego entra en proceso de liquidación voluntaria?”*²⁶ y (ii) *“¿Vulneró el Agente Liquidador el proceso de disolución y liquidación de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan este asunto?”*²⁷.

3.4. Para resolver los interrogantes planteados, se refirió al marco normativo y jurisprudencial del proceso de liquidación de las Empresas Sociales del Estado. En tal orden, sostuvo que el proceso de liquidación de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena debía sujetarse al Decreto 254 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1105 de 2006, al tratarse de una entidad pública descentralizada, con personería

²⁶ Folio 704 *ibídem*.

²⁷ *Ibídem*.



jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, conforme al artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, la Sala citó las funciones del liquidador previstas en el artículo 6 del Decreto 254 de 2000, mencionó la naturaleza de los actos que éste expide (artículo 7 *ibídem*), el deber de realizar un inventario físico, jurídico y contable de todos los activos, pasivos, cuentas de orden y contingencias (artículo 18 *ibídem*), los bienes que hacen parte de la masa de liquidación conforme a los artículos 20 y 21 *ibídem*, el procedimiento que debe seguirse a fin de que se conozca la situación de la entidad y se presenten las reclamaciones pertinentes sobre los créditos (artículo 23 *ibídem*), los bienes que constituyen la “no masa” de liquidación (artículo 20 *ibídem*), y sobre este último aspecto, concluyó que, por regla general, todos los bienes que pertenezcan a la entidad objeto de liquidación constituyen garantía para respaldar el pasivo frente a sus acreedores, a excepción de aquellos que pertenezcan a personas diferentes a la entidad liquidada y que se encuentran consagrados en el estatuto financiero.

3.5. La Sala descendió al caso en concreto y, frente al primer problema jurídico, indicó que, revisadas las pruebas aportadas al proceso, se encuentra acreditado que la sociedad demandante suscribió contrato de prestación de servicios en salud con la extinta E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, cuyo objeto consistía en la prestación del servicio de consulta externa, cirugía general, urgencias, interconsultas y hospitalización en general. Dijo que ese contrato se suscribió con posterioridad a la cesión de los derechos económicos y constitución del patrimonio autónomo entre la ESE y la Fiduciaria Sudameris, lo que significa que era esa la entidad la que, de acuerdo con el reporte de pagos arrimado, cubría la obligación derivada de su ejecución, sin desconocer que la E.S.E. en liquidación mantenía sus obligaciones legales y contractuales con esa sociedad.

Precisó que, como quedó acreditado en las respectivas facturas cambiarias aportadas, el centro hospitalario demandado se constituyó en mora por el no pago de una serie de servicios prestados desde el 1 de octubre de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2005, los cuales ascendieron a un valor de setecientos treinta y cinco millones trescientos setenta y un mil seiscientos sesenta y dos pesos (\$735.371.662), por lo que la demandante presentó proceso ejecutivo ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, el cual ordenó el embargo,



secuestro y retención de los dineros administrados por la fiduciaria en cuantía de mil doscientos ochenta y siete millones trescientos sesenta y seis mil ochocientos diecinueve pesos (\$1.287.366.819).

Asimismo, que la parte demandante impetró reclamación administrativa, solicitando el pago de ciento sesenta y tres millones doscientos veintidós mil doscientos treinta y nueve pesos (\$163.222.239) adicionales a lo exigido en el proceso ejecutivo, por los servicios que prestó desde el 1 de septiembre de al 30 de abril de 2006.

Agregó que en el plenario también reposaban copias de las Resoluciones No. 226 y 322 de 2008, mediante las cuales se desataron las reclamaciones presentadas por la accionante.

Arguyó que, con la decisión del Agente Liquidador de incluir en la masa de liquidación todos los bienes pertenecientes a la ESE Hospital San Pablo, incluso el patrimonio autónomo creado, no desconoció las normas constitucionales y legales que se aducen infringidas, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto por el Legislador y lo dicho por la jurisprudencia, los bienes constituidos en el patrimonio autónomo no están exceptuados de la masa de liquidación de una entidad, salvo por expresa disposición legal, como ocurre con aquellos que le fueron entregados a la liquidada en administración pero que pertenecen a terceros, conforme a lo reglado en los artículos 20 y 21 del Decreto nro. 254 de 2000.

Conforme a lo dicho, aseguró que, contrario a lo manifestado por la parte demandante, si bien los dineros que administraba la Fiduciaria debían destinarse al pago de los servicios que se prestaban a favor del Hospital San Pablo de Cartagena, ello no significa que *per se* le pertenecieran a los contratistas, y que tampoco podía aducirse esa misma conclusión por el hecho de que en la ejecución del contrato de prestación de servicios se hubiera modificado la situación jurídica de la entidad contratante, para cesar en la prestación de servicio de salud que estaba a su cargo.

Agregó que, con ocasión de la situación administrativa de liquidación, era deber del representante legal de la entidad y en cumplimiento de sus funciones, garantizar los derechos de los acreedores con base en todos los bienes disponibles sin distinción de la relación laboral o contractual que diera lugar a la obligación, atendiendo exclusivamente el orden de prelación legal, lo que redundaba en que no podían ser



excluidos los de la masa de liquidación los dineros que se encontraban en el patrimonio autónomo, máxime cuando no existe disposición legal que así lo prevea.

3.5.1. En lo concerniente al argumento de haberse infringido el artículo 2 de la Constitución al no reconocer a los beneficiarios del pago como acreedores prendarios, en aplicación por analogía de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, en caso de considerarse que los dineros cedidos al patrimonio autónomo hacen parte de la masa de liquidación, el Tribunal consideró que, a voces de los artículos 2 y 3 de la citada Ley, las entidades públicas descentralizadas se encuentran expresamente excluidas de la aplicación de sus disposiciones, por cuanto la regulación del régimen de insolvencia allí previsto se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades extranjeras y patrimonios autónomos que desarrollen actividades comerciales dentro del territorio nacional de carácter privado o mixto.

3.6. Respecto al segundo problema jurídico planteado, indicó que no se advierte la transgresión del Decreto 254 de 2000 y el Decreto 2211 de 2004, por la presunta extralimitación de las funciones del Liquidador al extinguir las obligaciones y derechos derivados del contrato de fiducia mercantil, ya que, de acuerdo con el contenido del acta de liquidación de ese contrato suscrita el 14 de marzo de 2008, dicho proceso culminó sin ninguna dificultad, por voluntad de las partes y, además, por cumplimiento de su objeto.

De igual forma, aseguró que, no obstante se aduce una irregularidad, la parte demandante no logró establecer con precisión en qué consistió el actuar indebido del agente liquidador, sino que, por el contrario, se logró probar que su gestión estuvo ajustada a derecho; y que, de la relación de los dineros recaudados y pagados a los acreedores por parte de la Fiduciaria, entre ellos, la sociedad demandante durante la ejecución del contrato de prestación de servicios de salud, se deduce que las obligaciones derivadas de la fiducia mercantil se ejecutaron conforme a la Ley.

3.6.1. Frente a lo dicho sobre el artículo 20 del Decreto 2211 de 2004, precisó que allí no se regula el supuesto normativo señalado por la demandante, sino lo atinente a la cesión de los contratos de fiducia mercantil que debe hacer el liquidador de una sociedad. Así, aclaró que, *“para la fecha en la que se produjeron los actos acusados*



en los cuales se decidió incluir los bienes que administró en su momento el Patrimonio Autónomo FNB Sudameris, ya el mismo había sido liquidado y en esa medida, los bienes cedidos en virtud de dicho contrato al mencionado Patrimonio Autónomo, habían sido revertidos en su totalidad a la E.S.E. demandada, por lo que debían tenerse en cuenta para efectos de establecer la masa de liquidación, exceptuando los bienes que por expresa disposición legal no podían integrarla, tal y como se analizó anteriormente.”²⁸

3.7. En cuanto a lo expuestos sobre el desconocimiento del principio de publicidad en el proceso de liquidación, informó que las pruebas recaudadas dan cuenta que la entidad demandada sí publicó a través de diarios de amplia circulación los actos mediante los cuales se daba a conocer su supresión y liquidación, por lo que la demandante sí tuvo la oportunidad de presentar su escrito de reclamación sobre los dineros que se le adeudaban.

3.8. Por último, desestimó el argumento relacionado con la omisión de considerar a los contratistas que colaboraron con la ejecución de los contratos cedidos al patrimonio autónomo como beneficiarios de los recursos producto de dichos negocios jurídicos, explicando que si, en gracia de discusión, a la sociedad demandante se le hubiese tenido como beneficiaria del Patrimonio Autónomo, lo cierto era que, al momento de definirse los bienes que hacían parte de la masa de liquidación, aquél ya no existía, debido a que el contrato de fiducia mercantil se había liquidado con anterioridad y los bienes y obligaciones de éste quedaron a disposición de la E.S.E. demandada.

Concluyó que la parte demandante no logró demostrar los cargos de nulidad propuestos.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

COOTRASOMED, a través de su apoderado judicial, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque y se concedan

²⁸ Folio 715 vuelto *ibídem*



los derechos solicitados en la demanda²⁹. Expresó los argumentos que a continuación se sintetizan, así:

4.1. En un primer acápite que denominó “*DE LAS PRETENSIONES FRENTE A LA NUEVA SITUACIÓN JURÍDICO-FÁCTICA, LA SOLICITUD DE APLICAR EL PRINCIPIO DE “IURA NOVIT CURIA”, INTERPRETANDO Y DESENTRAÑANDO LA INTENCIÓN DE LA DEMANDA PARA LO CUAL PODRÁ EMITIR UNA CONDENA EN ABSTRACTO PARA LIQUIDAR LOS PERJUICIOS POR INCIDENTE POSTERIOR O PODRÁ DECRETAR UN PERITAJE DE OFICIO*”³⁰, solicitó aplicar el principio de *iura novit curia* y con fundamento en él condenar en abstracto a la demandada o decretar una prueba pericial de oficio para cuantificar los daños que produjo la decisión de incluir los dineros del Patrimonio Autónomo dentro de la masa de liquidación, tomando en consideración que las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda en ese momento estaban dirigidas a cuestionar el proceso de liquidación de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, sin que dicha entidad exista en la actualidad, y a que la intención al momento de la interposición del libelo introductorio era modificar el entonces trámite liquidatorio, sin que ello sea posible en la actualidad.

4.2. En posterior aparte, presentó un segundo título que denominó: “*PRIMER ARGUMENTO DE FONDO: SE EQUIVOCA EL HONORABLE TRIBUNAL DE BOLÍVAR AL CONSIDERAR QUE LOS DINEROS NO PODÍAN SER EXCLUIDOS DE LA MASA DE LIQUIDACIÓN, POR CUANTO ESTOS NO SE ENCONTRABAN RELACIONADOS EN LOS ARTÍCULOS 20 Y 21 DEL DECRETO 254 DE 2000, TODA VEZ QUE LOS MISMO SI (Sic) DEBÍAN SER EXCLUIDOS DE LA MASA DE LIQUIDACIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 299 DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIARO, AL SER BIENES PERTENECIENTES A OTRAS PERSONAS, PRODUCTO DE LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO EN VIRTUD DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE ENTRE TEQUENDAMA S.A. – AHORA GNB SUDAMERIS- Y LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN PABLO, EN FAVOR DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD*”³¹.

En este acápite indicó que el *a quo* erró al considerar que los dineros del patrimonio autónomo no podían ser excluidos de la masa de liquidación por no encontrarse relacionados en los artículos 20 y 21 del Decreto 254 de 2000, cuando en realidad, de conformidad con el numeral 2 del literal j) del artículo 299 del Estatuto Orgánico

²⁹ Folios 718 a 743 *ibídem*.

³⁰ Visto a folio 719 *ibídem*.

³¹ Folio 721 *ibídem*



del Sistema Financiero, se trataba de bienes identificables pertenecientes a otras personas producto de la constitución del patrimonio autónomo, en virtud del contrato de fiducia mercantil irrevocable suscrito a favor de los prestadores de servicios de salud para el pago de sus acreencias; esto es, con destinación específica para el pago a los prestadores de servicios de salud, como beneficiarios del fideicomiso.

Insistió en que, de acuerdo con la definición que del contrato de fiducia trae el artículo 1226 del Código de Comercio, el Concepto nro. 2013010362-001 del 18 de marzo de 2013 proferido por la Superintendencia Financiera y la jurisprudencia del Consejo de Estado, los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente y conforman un patrimonio autónomo, que no pueden confundirse con los del fiduciario; y, en ese sentido, no puede considerarse ajustado al ordenamiento jurídico incluir dentro de la masa de liquidación recurso que no le pertenecen a la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena. Añadió que, tan cierto es esta afirmación, que, a modo de ejemplo, el Legislador, en el artículo 55 de la Ley 1116 de 2006 y posteriormente en el Decreto 1038 de 2009, en su artículo 12, explícitamente excluyó de la masa de liquidación los bienes transferidos a la fiducia mercantil con fines de garantía.

Concluyó que el Tribunal, para resolver el primer problema jurídico que se planteó, *“aplica la norma equivocada, pues se remite al artículo 21 del decreto 254 de 2000, cuando es claro que ese artículo se refiere a los bienes del ente a liquidar que se excluyen, y los dineros de un patrimonio autónomo ya no es un bien de la entidad a liquidar, porque precisamente se convierten en patrimonio autónomo y salieron de la esfera jurídica del Hospital San Pablo, conforme con la ley, la jurisprudencia y la naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos”*³².

4.3. En otro acápite titulado *“SEGUNDO ARGUMENTO DE FONDO: EN EL IMPROBABLE Y REMOTO CASO DE NO PROSPERAR EL ARGUMENTO ANTERIOR, SE DEBE CONSIDERAR QUE SE EQUIVOCA EL HONORABLE TRIBUNAL AL SOSTENER QUE LOS DINEROS DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO NO PODÍAN SER EXCLUIDOS DE LA MASA DE LIQUIDACIÓN POR CUANTO ESTOS NO SE ENCUENTRAN RELACIONADOS EN LOS ARTÍCULOS 20 Y 21 DEL DECRETO 254, TODA VEZ QUE LOS MISMOS SÍ DEBÍAN SER EXCLUIDOS DE LA MASA DE LIQUIDACIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL LITERAL C DEL ARTÍCULO 21 DEL DECRETO 254 DEL 2000, EN EL ENTENDIDO QUE LOS DINEROS QUE*

³² Folio 724 *ibídem*.



CONFORMAN EL PATRIMONIO AUTÓNOMO TIENEN DESTINACIÓN ESPECÍFICA PARA EL PAGO DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD Y SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY SON INALIENABLES E IMPRESCRIPTIBLES³³, sostuvo que el contrato de fiducia mercantil irrevocable celebrado entre la E.S.E Hospital San Pablo de Cartagena y la entonces Fiduciaria Tequendama S.A., se estableció en su cláusula primera la administración de los dineros provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de prestación de servicios de salud, y en la cláusula segunda, que los derechos económicos emanados de los contratos de servicios en salud que haya suscrito el Fideicomitente y que se mencionaran en los anexos de dicho negocio jurídico, formaban parte del mismo.

Resaltó que, en la cesión de derechos económicos suscrita por la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, en su cláusula primera, mencionó que dicha Empresa Social del Estado cedía la totalidad de derechos económicos provenientes de los servicios de urgencias y prioritarios, cuyos pagos se producían mediante resoluciones de reconocimiento de servicios; así como lo generados del servicio de hospitalización y ambulatorios que sean reconocidos mediante procesos de conciliación.

Señaló que los citados recursos tenían una destinación específica al provenir del antes situado fiscal, ahora Sistema General de Participaciones, y que su destinación era cubrir los créditos en cabeza de la citada E.S.E. por la ejecución de créditos como el suscrito con esa sociedad, por la prestación de servicios salud.

Dijo que el artículo 14 del Decreto 1893 de 1993, por medio del cual se reglamentaron los artículos 31 del Decreto Ley 1298 de 1994 y 19 de la Ley 60 de 1993, dispuso que las entidades territoriales deberán conservar en todo momento la destinación específica de las partidas asignadas en el Presupuesto Nacional a programas especiales. Mencionó que dichos recursos eran inembargables, imprescriptibles e inalienables, y en esa medida, debían ser excluidos de la masa de liquidación, dando aplicación a lo dispuesto en el literal C) del artículo 21 del Decreto 254 de 2000.

³³ Folio 724 *ibídem*



Consideró que la exclusión que se alega encuentra fundamento, además, en lo establecido en los artículos 684 del Código de Procedimiento Civil y 1677 del Código Civil, en relación con la inembargabilidad de los recursos de la fiducia mercantil.

4.4. En un tercer acápite, que nombró *“TERCER ARGUMENTO DE FONDO: SE EQUIVOCA EL TRIBUNAL AL CONSIDERAR QUE NO PUEDE APLICAR LO NORMADO EN LA LEY 1116 DE 2006, PUES ANTE VACÍOS JURÍDICOS LA ANALOGÍA ES PLENAMENTE APLICABLE CONFORME CON LOS PRINCIPIOS DE DERECHO”*³⁴, luego de referirse al ámbito de aplicación de las disposiciones de la precitada ley e indicar que el numeral 6 del artículo 3 de ella expresamente excluye a las entidades públicas, entidades territoriales y descentralizadas como destinatarias de sus mandatos, acotó que ello no implica que, ante vacíos o lagunas normativas del Decreto 254 de 2000, que contiene el régimen de liquidación de esas entidades, no pueda acudir por analogía a dicha Ley, toda vez que es el mismo decreto el que hace una remisión expresa al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y éste, a su vez, a la normatividad comercial; lo que, a su juicio, permite concluir que la Ley 1116 de 2006 sí resulta aplicable al caso *sub examine*, máxime cuando el listado de bienes excluidos de la masa de liquidación previsto en el aludido decreto y en el estatuto orgánico indicado no es taxativo.

4.5. En un cuarto título, que nombró *“SE EQUIVOCA EL HONORABLE TRIBUNAL AL DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., PUES EL CONTRATO FIDUCIARIO EXPRESAMENTE OBLIGA A RESPONDER POR LOS ASUNTOS JURÍDICOS DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y ASÍ LO DETERMINÓ EL TROBUNAL DE BOLÍVAR MEDIANTE AUTO QUE CONTRADICE LA SENTENCIA”*, argumentó que, sobre este particular aspecto, el Tribunal no expone razonamientos o motivación, sino que, por el contrario, se limitó a indicar que, por ser el Departamento de Bolívar quien asume las obligaciones del hospital liquidado, la Fiduprevisora no se encontraba legitimada por pasiva, desconociendo el contrato de fiducia mercantil que obra en el expediente, según el cual aquélla es la responsable de los asuntos jurídicos de la liquidada y, en esa medida, está llamada a responder por los daños causados.

Para sustentar lo anotado, agregó que esa misma Corporación judicial ya se había pronunciado sobre este aspecto en el auto que admitió la reforma de la demanda,

³⁴ Folio 728 *ibidem*



que data del 7 de febrero de 2011, en el que expresamente se dispuso tener como parte demandada al Departamento de Bolívar y la Fiduciaria la Previsora.

Aseguró que la apoderada del Liquidador de la E.S.E Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, al informar al Tribunal sobre la extinción de ese centro hospitalario, señaló que, en atención al contrato de fiducia mercantil suscrito con la Fiduciaria la Previsora, todos los asuntos judiciales serían atendidos por aquella, según consta a folio 209 del expediente. Igualmente, que la legitimación de la referida fiduciaria está soportada en la relación de pagos que reposa a folio 267 *ibídem*.

4.6. De otro lado, bajo título que denominó “*DE LAS RAZONES DE FORMA*”, reiteró lo dicho en la demanda y su reforma sobre la extralimitación de funciones del Agente Liquidador, con idénticos argumentos a los expuestos en el punto 1.4.3.2. de esta providencia, en síntesis: (i) extinguir obligaciones y derechos que nacieron con el contrato de fiducia mercantil irrevocable suscrito entre la E.S.E. Hospital San Pablo en Liquidación y la entonces Fiduciaria Tequendama S.A., (ii) no solicitar autorización de los beneficiarios del patrimonio autónomo para la inclusión de los dineros cedidos de manera irrevocable a la masa de liquidación, (iii) omitir la publicación debida del proceso de liquidación prevista en el artículo 6 del Decreto 254 de 2000.

4.7. Por otro lado, explicó que los hechos expuestos en la demanda se encuentran debidamente probados y no fueron objeto de contradicción, negación, tacha u objeción, por lo que realizó un recuento detallado de cada uno de ellos y de los elementos probatorios que estima los soportan, para solicitar que, con base en ellos, se acceda a las pretensiones de la demanda.

4.8. Por último, se pronunció sobre las contestaciones de la demanda y su reforma suscritas por el Departamento de Bolívar y la Fiduprevisora. Sobre la primera de ellas manifestó que ese ente territorial está legitimado por pasiva en el presente asunto, tal como lo definió el Tribunal en auto del 7 de febrero de 2011, lo indicó el Liquidador en el folio 294 del expediente y lo señala el Contrato de Fiducia Mercantil nro. 3-1-12236, que contiene sus deberes contractuales; en el que señaló que, una vez se hubiere extinguido la personería jurídica de la ESE San Pablo de Cartagena, la calidad de fideicomitente la ostentaría el Departamento de Bolívar.



Sobre los deberes concretos de dicho ente territorial respecto de la E.S.E Hospital San Pablo de Cartagena, dijo que, de acuerdo con los artículos 98 del Decreto 1298 de 1994, 7 y 11 del Decreto 1876 de 1994 y 7 del Decreto Departamental No. 1000, cuyo año no identificó, dicho ente hacía parte de la junta directiva de esa empresa y tenía funciones de supervisión, vigilancia, control y tutela sobre la misma. Resaltó que las implicaciones presupuestales de las cesiones, la constitución de patrimonios, las omisiones y, en general, los hechos que soportaron el escrito demandatorio, debían ser aprobados por la Junta Directiva del anotado Hospital, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994.

Dijo que, mediante Decreto No. 711 del 20 de diciembre de 2007, el Gobernador del Departamento de Bolívar ordenó la suspensión y liquidación de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena y que, en el párrafo 7 del artículo 46 ibidem, se determinó el deber de creación de un patrimonio autónomo para atender las contingencias que surjan por los procesos judiciales pendientes al momento de terminar el proceso liquidatorio. Agregó que la citada obligación es la misma establecida en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2010.

Aseveró que era deber del Departamento de Bolívar responder por los perjuicios ocasionados en el presente asunto, debido a que: (i) es la entidad que expidió el Decreto No. 711 del 20 de diciembre de 2007, (ii) creó y liquidó la E.S.E. San Pablo de Cartagena, y (iii) *“la ESE ya no existe jurídicamente, y no le es posible crear este patrimonio”*³⁵

4.9. Frente a la contestación de la Fiduprevisora, reiteró lo dicho en el numeral 4.5 de esta providencia.

4.10. Concluyó que los documentos allegados en copia simple al proceso son plena prueba para acreditar la prosperidad de las pretensiones al no ser objeto de alguna tacha de falsedad u objeción por la contraparte. Y, por último, insistió de manera general en lo mencionado en el concepto de la violación de la demanda.

³⁵ Folio 738 ibídem.



V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término del traslado para alegar de conclusión, la **Fiduprevisora S.A.**, a través de apoderado, reiteró, en síntesis, los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El **Agente del Ministerio Público** se abstuvo de rendir concepto en el proceso de la referencia.

VII. DECISIÓN

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

VIII. CONSIDERACIONES

8.1. 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 080 de 2019 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

8.2. Hechos.

8.2.1. El 25 de marzo de 2004, la E.S.E Hospital San Pablo de Cartagena suscribió con la Fiduciaria Tequendama S.A., ahora Fiduciaria GNB Sudameris, un contrato de Fiducia Mercantil para la recepción y administración de los dineros provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de prestación de servicios



de salud cedidos por el fideicomitente, con el fin de administrarlos, invertirlos temporalmente y efectuar los pagos de acuerdo con las instrucciones impartidas.

En efecto, el objeto de dicho negocio es el siguiente:

*“PRIMERA. OBJETO: FINALIDAD. - El presente contrato de Fiducia Mercantil, se celebra con la finalidad que el FIDUCIARIO reciba y administre a título de Fiducia Mercantil, los dineros, provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de prestación de servicio de salud, cedidos por el FIDEICOMITENTE mediante el presente contrato o por documento separado, con el fin de administrarlos, invertirlos temporalmente y efectuar los pagos de acuerdo a las instrucciones impartidas en el presente contrato, o en el futuro mediante escrito, por parte del FIDEICOMITENTE”*³⁶ (Negritas dentro del texto, subrayas de la Sala).

8.2.2. Posteriormente, el 21 de marzo de 2006, las mismas partes suscribieron Contrato de Cesión de Derechos Económicos mediante el cual la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, en calidad de fideicomitente cedente, transfirió irrevocablemente al cesionario, Patrimonio Autónomo E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, la totalidad de los derechos económicos provenientes de los servicios de urgencias, prioritarios, cuyos pagos se producen mediante resoluciones de reconocimiento del servicio, y de los provenientes de servicios de hospitalización, así como ambulatorios que sean reconocidos mediante proceso de conciliación, que se derivaran de los contratos de prestación de servicios.

Así, en la cláusula primera de dicho negocio se indicó:

*“PRIMERA. - Mediante el presente contrato, **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SAN PABLO DE CARTAGENA** en su calidad de **FIDEICOMITENTE CEDENTE** transfiere irrevocablemente al **CESIONARIO PATRIMONIO AUTÓNOMO E.S.E. SAN PABLO**, la totalidad de los derechos económicos provenientes de los servicios de urgencias, prioritarios, cuyos pagos se producen mediante resoluciones de reconocimiento de servicio, y los derechos económicos provenientes de los servicios de hospitalización y ambulatorios que sean reconocidos mediante procesos de conciliación, que se derivan de los contratos de prestación de servicios de salud relacionados en el **Anexo No. 5** que hacen parte integral del presente contrato de cesión y es el **Anexo No. 2** del contrato de Fiducia mercantil irrevocable celebrado el 25 de marzo de 2004 mediante el cual se constituyó el patrimonio autónomo E.S.E SAN PABLO”*

³⁶ Visible a folio 54 del Cuaderno del Tribunal.



8.2.3. Mediante Decreto nro. 711 del 20 de diciembre de 2007, el Gobernador del Departamento de Bolívar dispuso suprimir y liquidar la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena.

8.2.4. En el marco de dicho proceso de liquidación, el Gerente Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación expidió la Resolución nro. 051 del 19 de mayo de 2008, *“Por medio de la cual se declaran las reclamaciones de créditos presentadas oportunamente; los bienes que integran la masa de liquidación y los excluidos de ella; las reclamaciones aceptadas y rechazadas en relación con sumas y bienes excluidos de la masa de la liquidación y el orden de restitución; los créditos aceptados y rechazados contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de los mismos, su cuantía, clase y prelación de pago, así como los privilegios o preferencias determinadas por el artículo 2494 y siguientes del C.C., modificaciones introducidas por la Ley 50 de 1.990, artículo 27 y siguientes del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2.007”*.

Además, es relevante señalar que, para el demandante, en el artículo duodécimo de la mencionada Resolución, no se excluyó de los recursos de la masa de liquidación, los dineros que fueron cedidos de manera irrevocable al anotado patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia y su adición.

8.2.5. Inconforme con ésta última determinación, COOTRASOMED, a través de apoderado, interpuso recurso de reposición, que fue desatado a través de la Resolución nro. 126 del 19 de agosto de 2008, en el sentido de confirmar el acto impugnado.

8.2.6. El 12 de diciembre de 2008, COOTRASOMED presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pretendiendo la nulidad de los actos administrativos mencionados y el restablecimiento del derecho consistente en que se excluya de la masa de liquidación los recursos que fueron cedidos por la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena al Patrimonio Autónomo E.S.E. San Pablo, y de manera subsidiaria, que se tenga a los acreedores prendarios de los dineros que fueron cedidos a ese patrimonio autónomo.

8.2.7. Encontrándose en curso el presente proceso, el 24 de febrero de 2009, se suscribió el acta de cierre de liquidación y disposición de bienes, derechos y



obligaciones de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena; y, por medio de la Resolución nro. 511 del 3 de marzo de 2009, se declaró culminado el proceso de liquidación y terminada la existencia legal de esa entidad.

8.2.8. El 3 de julio de 2009, la mencionada E.S.E en liquidación y la Fiduciaria la Previsora S.A. suscribieron un contrato de fiducia para la administración del patrimonio de autónomo de remanentes. Dicho negocio, tuvo por objeto el que se transcribe a continuación:

*“**CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO** – El objeto del presente Contrato de Fiducia Mercantil es la constitución de un Patrimonio Autónomo cuyo vocero y administrador es **LA FIDUCIARIA** y el cual tendrá por finalidad:*

*1. Recibir los **RECURSOS DEL FIDEICOMISO** en las cuentas bancarias abiertas por la **FIDUCIARIA** para tal efecto.*

*2. Administrar los **RECURSOS DEL FIDEICOMISO** mientras se destinan al cumplimiento del contrato, invirtiéndolos temporalmente en las Carteras Colectivas administradas por **LA FIDUCIARIA**.*

*3. Realizar los pagos que ordene el **FIDEICOMITENTE**. Esta actividad se realizará bajo los Formatos y Procedimientos de Pago que tiene establecidos la **FIDUCIARIA** y de conformidad con lo establecido en el **ANEXO NO. 4** del presente contrato.*

*4. Realizar el pago de honorarios de los apoderados judiciales que representan judicialmente al **FIDEICOMITENTE** en **LOS PROCESOS JUDICIALES** y el pago de los gastos judiciales que decreten las instancias judiciales correspondientes.*

*5. Realizar el seguimiento, control y atención de los **PROCESOS JUDICIALES** de conformidad con la cláusula octava del presente contrato.*

*6. Administrar, recuperar y recaudar los **ACTIVOS CONTINGENTES**.³⁷
(Negrillas dentro del texto)*

El citado contrato fue liquidado a través de acta del 15 de diciembre de 2011.

8.2.9. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2014, declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A. y negó las pretensiones.

8.2.10. Por lo anterior, la parte actora presentó recurso de apelación en contra de esa sentencia de primera instancia.

³⁷ Visible a folio 271 del Cuaderno del Tribunal.



8.3. Planteamiento

A efectos de resolver el recurso de alzada, la Sala advierte que el Tribunal y el recurrente concurren en aceptar que el Departamento de Bolívar está legitimado en el extremo pasivo de la Litis para responder en el presente asunto. No obstante, difieren en relación a los siguientes aspectos: respecto de la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A., pues para el Tribunal, con el acta de terminación y liquidación del Contrato de Fiducia Mercantil nro. 3-1-13236, a partir del 15 de noviembre de 2011, el Departamento de Bolívar fue quien asumió la carga obligacional del Hospital San Pablo de Cartagena, por lo que la precitada sociedad fiduciaria no se encontraba legitimada para intervenir en el presente asunto; mientras que, para la memorialista, tal determinación desconoce las disposiciones del Contrato de Fiducia Mercantil que aquella suscribió, en el cual se estableció que es la responsable de los asuntos jurídicos de la liquidada, y en esa medida, está llamada a responder por los daños causados.

Por otro lado, frente a la posibilidad de excluir de la masa los recursos cedidos al patrimonio autónomo constituido en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito con la Fiduciaria Tequendama, para Tribunal ello no era posible, debido a que dichos recursos no se encontraban dentro de los supuestos de los artículos 20 y 21 del Decreto nro. 254 de 2000; mientras que, para la recurrente, tales normas no son pertinentes para aplicarlas al caso concreto porque se refieren a los bienes de la entidad a liquidar, y para ella el patrimonio autónomo no hace parte de los bienes de la entidad a liquidar. En su lugar, indicó que debió declararse tal exclusión de conformidad con el numeral 2 del literal j) del artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por tratarse de bienes pertenecientes a terceros, particularmente al patrimonio autónomo y a los acreedores de la ESE quienes tenían la calidad beneficiarios de éste; todo ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 1116 de 2006 y el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009. Ahora, de no ser ello posible, lo pertinente para la memorialista es aplicar el literal c) del artículo 21 del Decreto 254 de 2000, para excluir dichos recursos de la masa a liquidar, pues los pagos por servicios de urgencias, hospitalización o ambulatorio tienen destinación específica porque provienen del Sistema General de Participaciones, en atención a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 1893 de



1994, el artículo 31 del Decreto Ley 1298 de 1994 y el artículo 19 de la Ley 60 de 1993.

Igualmente, discuten en relación con si el contrato de fiducia fue liquidado, pues, para la demandante, el Agente Liquidador de la E.S.E extinguió las obligaciones derivadas del citado negocio jurídico e incorporó dichos dineros a la masa de liquidación sin que previamente se hubiere adelantado el trámite de terminación de ese convenio, lo que, a su juicio, derivó en el desconocimiento del artículo 22 del Decreto 2211 de 2004.

Además, controvierten sobre la aplicación del artículo 20 del Decreto 2211 de 2004 y del numeral 7 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, pues la actora es del criterio que el Agente Liquidador debió observar esas disposiciones por analogía y pedir a los beneficiarios del patrimonio autónomo su autorización para integrar esos recursos a la masa de liquidación y, en el caso de que se aceptara de que tales dineros sí hacían parte de ésta, reconocerlos en calidad de acreedores prendarios.

Asimismo, debaten en lo referido a la aplicación por analogía de la Ley 1116 de 2006, en la medida en que, para la autoridad judicial, tal disposición no está llamada a resolver asuntos relacionados con la liquidación de entidades públicas descentralizadas en virtud de la exclusión expresa que esa misma ley prevé; en tanto que, para la sociedad apelante, es procedente esa interpretación, debido a que el mismo Decreto 254 de 2000 habilita una remisión expresa al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y éste a su vez a la normatividad comercial.

También polemizan sobre la violación del principio de publicidad, pues, para la actora, dentro del trámite de liquidación de la E.S.E. no se hizo alguna mención a la inclusión de los dineros del patrimonio autónomo en la masa de liquidación, lo que impidió que sus beneficiarios ejercieran su derecho a la defensa y, en consecuencia, no pudieran presentar recursos dentro de ese trámite; mientras que, para el Tribunal, no existió violación al citado principio, como quiera que la liquidación de dicha E.S.E. fue comunicada en diarios de amplia circulación nacional, lo que permitió que la empresa actora presentara oposiciones dentro del trámite de liquidación del aludido centro hospitalario.



Finalmente, discuten sobre la aplicación del principio *Iura Novit Curia*, pues la recurrente resalta que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, se debe condenar en abstracto a la entidad accionada o se debe decretar prueba de oficio para cuantificar los daños que produjo la inclusión en la masa de liquidación de los bienes del patrimonio autónomo, teniendo en cuenta que ya no es posible modificar el proceso de liquidación por haberse culminado.

Bajo tal perspectiva, la Sala resolverá los anotados aspectos en el orden que se plantea a continuación:

8.3. De la controversia en relación con la legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A.

En este punto, la Sala tendrá que resolver si en el contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Fiduprevisora S.A. y la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena se previó que la citada sociedad fiduciaria debía responder a nombre del centro hospitalario en los procesos judiciales que fueran interpuestos en su contra, incluso después de su liquidación. En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa deberá absolverse si dicha sociedad está legitimada en la causa por pasiva para intervenir en el presente asunto.

A efectos de resolver dicho interrogante, es preciso indicar que el 3 de julio de 2009, la citada sociedad fiduciaria y la anotada E.S.E. en liquidación suscribieron un contrato con el siguiente objeto:

*“**CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO** – El objeto del presente Contrato de Fiducia Mercantil es la constitución de un Patrimonio Autónomo cuyo vocero y administrador es **LA FIDUCIARIA** y el cual tendrá por finalidad:*

*7. Recibir los **RECURSOS DEL FIDEICOMISO** en las cuentas bancarias abiertas por la **FIDUCIARIA** para tal efecto.*

*8. Administrar los **RECURSOS DEL FIDEICOMISO** mientras se destinan al cumplimiento del contrato, invirtiéndolos temporalmente en las Carteras Colectivas administradas por **LA FIDUCIARIA**.*

*9. Realizar los pagos que ordene el **FIDEICOMITENTE**. Esta actividad se realizará bajo los Formatos y Procedimientos de Pago que tiene establecidos la **FIDUCIARIA** y de conformidad con lo establecido en el **ANEXO NO. 4** del presente contrato.*

*10. Realizar el pago de honorarios de los apoderados judiciales que representan judicialmente al **FIDEICOMITENTE** en **LOS PROCESOS***



JUDICIALES y el pago de los gastos judiciales que decreten las instancias judiciales correspondientes.

11. Realizar el seguimiento, control y atención de los **PROCESOS JUDICIALES** de conformidad con la cláusula octava del presente contrato.

12. Administrar, recuperar y recaudar los **ACTIVOS CONTINGENTES**.³⁸
(Negrillas dentro del texto)

Ahora, en el párrafo de dicha disposición, las partes consagraron expresamente que, ni el patrimonio autónomo allí constituido, ni la fiduciaria, asumirían la calidad de vinculado o de parte en procesos judiciales en contra del fideicomitente, por lo que no operaba la subrogación o cesión, o asunción de las obligaciones a cargo de éste. Sobre el particular en dicha disposición se dijo:

“PARÁGRAFO PRIMERO: Ni el Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR – que se constituye en virtud del presente contrato, ni LA FIDUCIARIA asumen la calidad de vinculados o parte, frente a procesos judiciales, entendiéndose expresamente que tampoco opera respecto de los mismos la subrogación o cesión, o asunción de las obligaciones a cargo de EL FIDEICOMITENTE hasta el momento en que se verifique el cierre de su proceso liquidatorio. Tampoco se entiende para todos los efectos legales relacionados con este contrato que opera la sustitución patronal por parte de LA FIDUCIARIA, ni del PAR que se constituye por medio del presente documento, ni de las obligaciones laborales a cargo de EL FIDEICOMITENTE al momento del cierre de su proceso liquidatorio”³⁹ (Subrayas de la Sala).

Igualmente, se expresó que las finalidades de dicho contrato serían las que se transcriben a continuación:

“CLÁUSULA QUINTA: FINALIDAD DEL CONTRATO: Es finalidad del presente contrato de Fiducia Mercantil la atención de situaciones no definidas al cierre del proceso liquidatorio del FIDEICOMITENTE que consistirán en: (1) La administración de recursos y realización de pagos de conformidad con las instrucciones impartidas por el FIDEICOMITENTE; (2) El seguimiento, control y pago de los honorarios de los abogados que representan judicialmente los intereses del FIDEICOMITENTE y la administración de los recursos entregados para tal fin; (3) Seguimiento, control y administración de los PROCESOS JUDICIALES relacionados en el anexo No. 1; (4) Administración, seguimiento, control y recaudo de los ACTIVOS CONTINGENTES del FIDEICOMITENTE relacionados con el anexo No. 3, así como el recaudo de las mismas cuando se profiera decisión ejecutoriada a favor del FIDEICOMITENTE. Todo lo anterior, de conformidad con las instrucciones que se determinan en el presente contrato”⁴⁰ (Subrayas de la Sala).

³⁸ Visible a folio 271 del Cuaderno del Tribunal.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Visible a folio 273 del Cuaderno del Tribunal.



Mientras que, en el párrafo del literal b) del numeral 4 de la cláusula octava se indicó:

“CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES.- Las obligaciones que se desprenden del presente contrato son:

2. OBLIGACIONES RESPECTO DEL SEGUIMIENTO, CONTROL Y ATENCIÓN DE LOS PROCESOS JUDICIALES.

B.- POR PARTE DE LA FIDUCIARIA

PARÁGRAFO: En el evento que existiere recursos dentro del fideicomiso disponible para pagar condenas proferidas en contra del Fideicomitente, se pagarán siempre y cuando medie instrucción del Fideicomitente y que tales recursos no afecten los gastos del fideicomiso conforme a la cláusula décima cuarta del presente contrato. No obstante lo anterior, el DEPARTAMENTO DEL BOLÍVAR será el único responsable de efectuar el pago de las condenas, ni el PATRIMONIO AUTÓNOMO ni la FIDUCIARIA tendrán responsabilidad por los pagos de condenas respecto de los procesos tanto inventario como de los no inventariados dentro de la relación de anexos No. 2 de procesos judiciales⁴¹ (Subrayas de la Sala).

De igual forma, resulta relevante indicar que, en la cláusula trigésima segunda del anotado negocio jurídico, se contempló:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA: RESPONSABILIDAD: Ni el PATRIMONIO AUTÓNOMO que se constituye en virtud del presente contrato, ni FIDUPREVISIO S.A. asumen la calidad de parte, frente a procesos judiciales en los cuales es demandada, vinculada como llamada en garantía, como tercero o denunciada en pleito pendiente el FIDEICOMITENTE, o de aquellos respecto de los cuales puedan derivarse obligaciones a cargo de la mencionada entidad FIDEICOMITENTE.(...)⁴² (Subrayas de la Sala).

Asimismo, se determinó que dicho contrato tendría una duración de un (1) año y que podría ser renovado por las partes a través de la suscripción de un “otrosí”. Sobre el particular, en la cláusula vigésima segunda, se estipuló:

“CLÁUSULA VIGESIMA SEGUNDA: DURACIÓN. - El presente contrato tendrá una duración de un (1) año contado a partir de la fecha de suscripción del presente contrato. Este término podrá ser prorrogado a través de la suscripción del respectivo otrosí⁴³

Posteriormente, se observa que, mediante acta de liquidación del citado negocio jurídico, suscrita el 15 de diciembre de 2011, se indicó expresamente que, con

⁴¹ Ibídem

⁴² Ibídem

⁴³ Visible a folio 288 del Cuaderno del Tribunal



motivo de la finalización de ese contrato, la fiduciaria haría entrega de los procesos judiciales interpuestos en contra de la E.S.E. liquidada al Departamento de Bolívar, debido a que dicho ente territorial fue quien asumió los pasivos de la extinta empresa social del estado; veamos.

“PRIMERA: *Las partes contratantes declaran dar por terminado y liquidado el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración de Pagos No. 3-1-13236, por haberse configurado las causales de terminación previstas en su texto y la Ley.*

SEGUNDA. *Las partes contratantes establecen los parámetros para el seguimiento, control y atención de los procesos judiciales, que se trasladarán a la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.*

PARÁGRAFO PRIMERO. DE LA ENTREGA DE LOS PROCESOS: *Con motivo de la terminación del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos No. 31-13236 y la consecuente liquidación, **LA FIDUCIARIA**, hará entrega formal a la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, de los procesos judiciales que cursan en los diferentes Despachos Judiciales de conformidad a lo establecido en el ANEXO 1 de la presente Acta de Liquidación, en la que se especifica el estado actual de cada proceso.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. DE LA DEFENSA EN LOS PROCESOS JUDICIALES: *Una vez cumplida y materializada la entrega forma de la que trata el parágrafo anterior, la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** deberá asumir la defensa judicial de manera integral con el fin de salvaguardar los derechos que se encuentren en litigio⁴⁴ (Negrillas dentro del texto, subrayas de la Sala).*

De lo hasta aquí expuesto es posible colegir que el mencionado negocio jurídico tuvo por finalidad, entre otros, que la fiduciaria ejerciera el seguimiento, control y administración de los procesos judiciales que fueran interpuestos en contra de la ESE durante su proceso de liquidación, sin que ello implicara que la fiduciaria asumiera la calidad de parte o vinculado en los procesos en contra del fideicomitente, pues su labor se limitó exclusivamente al adecuado seguimiento de dichos trámites.

Sumado a lo expuesto, observa la Sala que el anotado contrato de fiducia fue terminado y liquidado el 15 de diciembre de 2011, por lo que la administración de los procedimientos judiciales a partir de esa fecha se encontraba a cargo del Departamento de Bolívar, quien, además, fue la entidad que asumió la carga pasiva de la extinta E.S.E., hecho este último que no tiene discusión por las partes y que pone en evidencia, una vez más, que la Fiduprevisora S.A. no cuenta con legitimación en la causa por pasiva para intervenir en el presente asunto.

⁴⁴ Visible a folio 656 del Cuaderno del Tribunal.



En suma, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

8.4. De la controversia sobre la liquidación del contrato de fiducia mercantil y su adición, suscritos el 25 de marzo de 2004 y 21 de marzo de 2006, respectivamente, entre la E.S.E Hospital San Pablo de Cartagena y la Fiduciaria Tequendama S.A.

En este punto se tendrá que definir si es cierto que el Agente Liquidador del Hospital San Pablo de Cartagena incluyó los recursos del contrato de fiducia suscrito con la Fiduciaria Tequendama S.A. en la masa de liquidación de esa entidad sin efectuar previamente el trámite de liquidación del citado negocio jurídico. En caso de que la respuesta a dicho interrogante sea afirmativa, deberá absolverse si ello implica el desconocimiento del artículo 22 del Decreto 2211 de 2004.

Al respecto, resulta relevante traer a colación lo expuesto textualmente en este punto en la demanda:

“POR EXINGUIR LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: Al extinguir las obligaciones y derechos derivados del contrato de Fiducia Mercantil, tal y como lo afirma en la página 4 de la Resolución No. 126 de Agosto 19 de 2004, el Liquidador extralimita sus funciones, las cuales son dadas por el artículo 4 del Decreto Departamental 711, y por el artículo 22 del Decreto 221 de 2004, que lo facultan para terminar y subrogar contratos únicamente.

Y es que es muy diferente que un contrato se de por terminado, tal y como lo autoriza la Ley, a que las obligaciones y derechos que nacieron en vigencia del mismo sean extinguidos, más aún si se tiene en cuenta que en este tipo de contratos los dineros cedidos pasan a ser propiedad de la fiducia. En efecto, las obligaciones y derechos que nacieron durante la ejecución del contrato de fiducia mercantil, no pueden extinguirse por la terminación del contrato, dicho contrato debe entrar en la etapa de liquidación, y el liquidador debe verificar que se cumplan las obligaciones que la fiduciaria y/o el patrimonio autónomo adquirieron, incurriendo nuevamente el Liquidador en flagrante VÍA DE HECHO por defecto sustantivo y también por defecto procedimental”⁴⁵ (Subrayas de la Sala).

A su vez, en el recurso de alzada se expresó:

⁴⁵ Visible a folio 191 del Cuaderno del Tribunal



“El agente liquidador de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, se extralimitó en ejercicio de sus funciones – y el honorable Tribunal no lo consideró así-, por las siguientes razones:

1. POR EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: Al extinguir las obligaciones y derechos derivados del contrato de Fiducia Mercantil, tal y como lo afirma en la página 4 de la Resolución No. 126 de agosto 19 de 2004, el agente liquidador extralimita sus funciones, las cuales vienen dadas por el artículo 4 del Decreto departamental 711 y por el artículo 22 del Decreto 221 de 2004; normas que lo facultan para terminar y subrogar contratos únicamente.

Muy diferente es que un contrato se dé por terminado tal y como lo autoriza la ley, a que las obligaciones y derechos que nacieron durante la vigencia del mismo sean extinguidas, más si se tiene en cuenta que en este tipo de contratos los dineros cedidos no son propiedad ni del fideicomitente ni de la fiduciaria; sino que se forma un patrimonio autónomo – de acuerdo a la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil irrevocable entre la Fiduciaria Tequendama (ahora GNB Sudameris) y la Empresa Social del Estado San Pablo de Cartagena, el cual tiene una destinación específica.

En efecto, las obligaciones y derechos que nacieron durante la ejecución del contrato de fiducia mercantil, no pueden extinguirse por la terminación del contrato, dicho contrato debió entrar en etapa de liquidación y el liquidador debió verificar que las obligaciones adquiridas por el patrimonio autónomo se cumplieran; entonces incurrió el agente liquidador en flagrante VÍA DE HECHO por defecto sustantivo, y también por defecto procedimental”⁴⁶ (Subrayas de la Sala).

Así las cosas, lo que encuentra la Sala de la revisión del material probatorio que fue allegado al plenario es que, contrario a lo señalado por la demandante, el mencionado negocio jurídico sí fue liquidado de manera previa a la inclusión de dichos recursos en la masa de liquidación, esto es, antes del 19 de mayo de 2009, fecha en la que se profirió la Resolución 051, acusada.

En efecto, a folios 348 y 349 del Cuaderno del Tribunal, obra el acta de liquidación del contrato de fiducia, suscrita el 14 de marzo de 2008, cuyas consideraciones vale la pena traer a colación:

“CONSIDERACIONES:

PRIMERA: *Que mediante documentos privados de fecha 25 de marzo de 2004 y otrosí de fecha 21 de marzo de 2006 se suscribió entre LA FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS y ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable para la administración de los recursos provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de servicios urgencia, prioritarios, producidos mediante resoluciones de reconocimiento del servicio, servicios de hospitalización y ambulatorios reconocidos mediante procesos de conciliación, cedidos por EL*

⁴⁶ Visible a folio 730 del Cuaderno del Tribunal.



FIDEICOMITENTE con el fin de administrarlos y efectuar los pagos de acuerdo a las instrucciones impartidas por el Fideicomitente en concordancia con las cláusulas determinadas en el documento citado.

SEGUNDA: *Que mediante oficio o instrucción de fecha 17 de enero de 2008, la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA solicitó a la Fiduciaria la liquidación del fideicomiso ESE Hospital San Pablo de Cartagena como consecuencia de la suspensión y liquidación de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena ordenado mediante Decreto No. 711 del 20 de Diciembre de 2007 suscrito por el Gobernado de Bolívar.*

TERCERA: *Que el objeto de contrato de Fiducia Mercantil tuvo como finalidad recibir los recursos provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de servicios de urgencia, prioritarios, producidos mediante resoluciones de reconocimiento de servicio, servicios de hospitalización y ambulatorios reconocidos mediante procesos de conciliación, cedidos al Patrimonio Autónomo en las diferentes Entidades Financieras para que EL FIDUCIARIO los administrara, realizara los pagos y transferencias ordenados por EL FIDEICOMITENTE por escrito, de conformidad con las instrucción que se impartieron a lo largo del contrato citado.*

CUARTA: *Que de conformidad al Decreto No.711 del 20 de Diciembre de 20177, en su artículo 4 determina como consecuencia de la supresión de la entidad y del inicio del proceso de liquidación de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, se terminen todos los contratos suscritos con la Entidad.*

QUINTA: *Que por haberse cumplido el objeto del contrato de Fiducia Mercantil, las partes suscriben la presente acta de liquidación, habiéndose girado en su totalidad los recursos a ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA.*

SEXTA: *Que el FIDEICOMITENTE manifiesta no tener ninguna objeción ni salvedad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones del fiduciario derivadas del citado contrato, manifestando además que conoce y acepta la rendición final de cuenta presentadas por él, luego de recibir de la FIDUCIARIA a entera satisfacción los saldos de los recursos que se encontraban en los encargos fiduciarios Nos. 4330-05-013027 y 4055-04-00303-9 y cuenta corriente No. 3330-01-00213-3.*

SÉPTIMA: *Que en virtud de lo anteriormente expuesto, las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto relacional con el citado contrato y declaran liquidado el fideicomiso en todas sus partes. Esta acta tiene efectos de una transacción y hace tránsito a cosa juzgada de acuerdo al artículo 2483 del Código Civil.” (Negrillas dentro del texto, subrayas de la Sala).*

En consecuencia, como la premisa fáctica de la cual parte la accionante para construir el cargo de violación del artículo 22 del Decreto 2211 de 2004, no es cierto, entonces no procede este último análisis.

8.5. De la controversia sobre los bienes del patrimonio autónomo en la masa de liquidación de una ESE



8.5.1. Al respecto, es preciso indicar que, tratándose del procedimiento de liquidación de Empresas Sociales del Estado, el parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2005, contempló lo que se transcribe a continuación:

“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 1º. *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 2º. *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. “(Subrayas de la Sala).*

Así, se advierte que el régimen aplicable para la liquidación de dichas empresas es el previsto en la anotada disposición normativa y que únicamente es procedente remitirse a las disposiciones del Estatuto Orgánico Financiero en los casos en los que existan vacíos normativos o en los que dicho Decreto Ley expresamente lo permita.

Dicho entendimiento ha sido prolijado por esta Sección que, en providencia del 1 de junio de 2020, indicó:

“189.- El Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, en su artículo 1º, dispuso que su aplicación a las entidades públicas de la rama ejecutiva del orden nacional respecto de las cuales se hubiera ordenado su supresión o disolución y, además, que los vacíos del régimen allí regulado se llenarían con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan, agregando que aquellas entidades del Estado que tengan un régimen propio de liquidación contenido en normas especiales continuarían rigiéndose por ellas”⁴⁷ (Subrayas de la Sala).

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.



Así las cosas, de la revisión de dicho estatuto, se advierte que el artículo 20 del Decreto 254 de 2000 estableció cuáles bienes hacían parte de la masa de liquidación; mientras que el 21 *ibidem*, determinó cuáles estaban excluidos de la misma, señalando que, además de las causales allí señaladas, también lo serían las establecidas para esos efectos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Las normas en cuestión son del siguiente tenor:

“Artículo 20. Masa de la liquidación. *Integran la masa de la liquidación todos los bienes, las utilidades, rendimientos financieros y cualquier tipo de derecho patrimonial que ingrese o deba ingresar al patrimonio de la entidad a liquidar.”*

“Artículo 21. Bienes excluidos de la masa de la liquidación. *No formarán parte de la masa de la liquidación:*

a) *Los recursos de seguridad social, los cuales deberán ser entregados a la entidad que determine el Gobierno Nacional;*

b) *Los bienes y derechos que determine el acto de supresión o disolución, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, siempre que dichos bienes estén afectos al servicio y se requieran para la prestación del mismo cuando se trata de la creación de nuevas entidades o del traslado de competencias; cuandoquiera que la entidad no posea otros bienes o recursos para atender la totalidad de sus pasivos, deberá reconocerse a la entidad en liquidación, por la entidad que reciba los bienes u otra entidad que se señale, el valor comercial de los bienes que se transfieran o establecerse un mecanismo que permita a la liquidación disponer de recursos, con cargo a dichos bienes, para atender total o parcialmente el pago de acreencias, todo ello en la forma que señale el reglamento;*

c) *Los bienes públicos que posea la entidad en liquidación, que conforme a la Constitución y la ley sean inalienables, inembargables e imprescriptibles;*

d) *Los demás que establece el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*

Parágrafo. *Los recursos destinados a la ejecución de funciones, como consecuencia de la liquidación, fusión o traslado de competencias, de las que trata el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, conforman parte del organismo receptor de la correspondiente función o competencia. .” (Subrayas de la Sala).*

En tal orden, se observa que, tratándose de los bienes que no integran la masa de liquidación, el Decreto 254 de 2000 habilitó expresamente una remisión a normas del Estatuto Orgánico Financiero en esa materia. Por ende, el razonamiento del recurrente es acertado, pues, como se vio, sí es procedente aplicar al presente asunto la causal prevista en el numeral 2 literal j) del artículo 299 *ibidem*, que dispuso:

“Artículo 299. Masa de la liquidación.



1. Masa de la liquidación. *Integran la masa de la liquidación todos los bienes actuales y futuros de la entidad intervenida.*

2. Bienes excluidos de la masa de la liquidación. *Además de lo dispuesto en los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio, no formarán parte de la masa de la liquidación:*

(...)

j) En general, las especies identificables que aun encontrándose en poder de la entidad intervenida pertenezcan a otra persona, para lo cual se deberán allegar las pruebas suficientes (Subrayas de la Sala).

8.5.2. Definido que la norma en cuestión es pertinente al trámite de liquidación de una Empresa Social del Estado, deberá determinarse si los recursos entregados a la Fiduciaria Tequendama S.A. por virtud del contrato que suscribió la E.S.E San Pablo de Cartagena, no podrían hacer parte de la masa a liquidar, porque eran de propiedad del patrimonio autónomo, de los acreedores de la accionada, y, además tenían destinación específica al provenir del Sistema General de Participaciones.

Dado que son tres (3) las razones que aduce la Cooperativa demandante para sustentar el cargo enunciado, se abordarán cada uno de ellos como pasa a analizarse a continuación:

8.5.2.1. Frente al primero de los anotados puntos, es pertinente señalar que el artículo 1226 del Código de Comercio definió el contrato de Fiducia Mercantil como aquel negocio jurídico en el cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra, llamada fiduciaria, con el fin de que los administre o enajene para cumplir con la finalidad determinada por el constituyente.

La norma en cuestión es del siguiente tenor:

“Artículo 1226. Concepto de la fiducia mercantil. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.” (Subrayas de la Sala).



Así, de la disposición en comento es posible colegir que dichos negocios jurídicos implican que el fideicomitente transfiera su dominio sobre la cosa fideicomitida al fiduciario para que éste desarrolle el objeto que le se le ha encargado. Esta Sección, en sentencia del 13 de noviembre de 2008, indicó:

*“La fiducia mercantil difiere del encargo fiduciario en que en el primero existe transferencia de dominio de los bienes con el propósito de que la sociedad fiduciaria cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero, mientras que en el encargo hay entrega de bienes sin transferencia de dominio, por lo cual no se forma un patrimonio autónomo”*⁴⁸ (Subrayas de la Sala)

Igualmente, es preciso señalar que, si bien existe una transferencia de la propiedad al fiduciario, lo cierto es que, por mandato del artículo 1233 *ibidem*, dichos bienes deben mantenerse separados del resto de activos de éste y, en consecuencia, deberán formar un patrimonio autónomo afecto a la finalidad dispuesta en el respectivo contrato. La norma en cuestión es del siguiente tenor:

“Artículo 1233. Separación de bienes fideicomitados. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.”

En tal orden, es claro que los bienes transferidos al patrimonio autónomo constituido por la ESE eran de propiedad de aquél y no de ésta. Sin embargo, tal y como quedó en evidencia en el punto 8.4. de esta providencia, salta a la vista un hecho que para la recurrente no resultaba relevante y que es del todo cardinal a efectos de definir si esos recursos seguían siendo propiedad del patrimonio autónomo y por ende no podían ser incluidos dentro de la masa de liquidación, pues, de la revisión de los documentos obrantes en el plenario, lo que se advierte es que, para la fecha de expedición de los actos acusados (19 de mayo y 19 de agosto de 2008, respectivamente) dicho contrato había terminado y ya habían suscrito la correspondiente acta para su liquidación (14 de marzo de 2008), en la que se dejó expresa constancia (cláusula quinta) de que los recursos que constituían el

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Proceso radicado número: 05001 23 31 000 2006 01516 01. Consejero Ponente: Héctor Romero Díaz.



patrimonio autónomo habían sido girados nuevamente a la anotada E.S.E. Lo anterior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1242 *ibidem* veamos:

“Artículo 1242. Terminación del negocio fiduciario y destino de los bienes fideicomitidos. *Salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos.”* (Subrayas de la Sala).

Sobre el particular, en la citada acta de liquidación se señaló lo que se transcribe nuevamente a continuación:

“CONSIDERACIONES:

PRIMERA: *Que mediante documentos privados de fecha 25 de marzo de 2004 y otrosí de fecha 21 de marzo de 2006 se suscribió entre LA FIDUCIARIA GNB SUDAMERIS y ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable para la administración de los recursos provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de servicios urgencia, prioritarios, producidos mediante resoluciones de reconocimiento del servicio, servicios de hospitalización y ambulatorios reconocidos mediante procesos de conciliación, cedidos por EL FIDEICOMITENTE con el fin de administrarlos y efectuar los pagos de acuerdo a las instrucciones impartidas por el Fideicomitente en concordancia con las cláusulas determinadas en el documento citado.*

SEGUNDA: *Que mediante oficio o instrucción de fecha 17 de enero de 2008, la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA solicitó a la Fiduciaria la liquidación del fideicomiso ESE Hospital San Pablo de Cartagena como consecuencia de la suspensión y liquidación de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena ordenado mediante Decreto No. 711 del 20 de Diciembre de 2007 suscrito por el Gobernado de Bolívar.*

TERCERA: *Que el objeto de contrato de Fiducia Mercantil tuvo como finalidad recibir los recursos provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de servicios de urgencia, prioritarios, producidos mediante resoluciones de reconocimiento de servicio, servicios de hospitalización y ambulatorios reconocidos mediante procesos de conciliación, cedidos al Patrimonio Autónomo en las diferentes Entidades Financieras para que EL FIDUCIARIO los administrara, realizara los pagos y transferencias ordenados por EL FIDEICOMITENTE por escrito, de conformidad con las instrucción que se impartieron a lo largo del contrato citado.*

CUARTA: *Que de conformidad al Decreto No. 711 del 20 de Diciembre de 20177, en su artículo 4 determina como consecuencia de la supresión de la entidad y del inicio del proceso de liquidación de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, se terminen todos los contratos suscritos con la Entidad.*

QUINTA: *Que por haberse cumplido el objeto del contrato de Fiducia Mercantil, las partes suscriben la presente acta de liquidación, habiéndose girado en su totalidad los recursos a ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA.*



SEXTA: Que el FIDEICOMITENTE manifiesta no tener ninguna objeción ni salvedad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones del fiduciario derivadas del citado contrato, manifestando además que conoce y acepta la rendición final de cuenta presentadas por él, luego de recibir de la FIDUCIARIA a entera satisfacción los saldos de los recursos que se encontraban en los encargos fiduciarios Nos. 4330-05-013027 y 4055-04-00303-9 y cuenta corriente No. 3330-01-00213-3.

SÉPTIMA: Que en virtud de lo anteriormente expuesto, las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto relacional con el citado contrato y declaran liquidado el fideicomiso en todas sus partes. Esta acta tiene efectos de una transacción y hace tránsito a cosa juzgada de acuerdo al artículo 2483 del Código Civil.” (Negrillas dentro del texto, subrayas de la Sala).

En tal contexto, siendo que, para el momento en que se incorporaron los bienes a la masa de liquidación de la ESE, ya eran de propiedad de ésta y no del patrimonio autónomo, es claro que no resulta aplicable el artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; y, por ende, no prospera en ese sentido el cargo expuesto por la memorialista, según el cual esos recursos no podrían hacer parte de la masa a liquidar al ser parte del patrimonio autónomo.

8.5.2.2. De otro lado, es menester precisar si los dineros que fueron incluidos en la masa de liquidación eran propiedad de los terceros acreedores que tenían la calidad de beneficiarios del contrato de fiducia y, por ende, no podrían hacer parte del proceso de liquidación de la ESE.

Pues bien, responder a dichos reparos impone hacer referencia al objeto del citado negocio jurídico.

Sobre el particular, en la cláusula primera ibidem, se dijo:

“PRIMERA. OBJETO: FINALIDAD. - El presente contrato de Fiducia Mercantil, se celebra con la finalidad que el FIDUCIARIO reciba y administre a título de Fiducia Mercantil, los dineros, provenientes de los derechos económicos derivados de los contratos de prestación de servicio de salud, cedidos por el FIDEICOMITENTE mediante el presente contrato o por documento separado, con el fin de administrarlos, invertirlos temporalmente y efectuar los pagos de acuerdo a las instrucciones impartidas en el presente contrato, o en el futuro mediante escrito, por parte del FIDEICOMITENTE”⁴⁹ (Negrillas dentro del texto, subrayas de la Sala).

Por su parte, a través de adición del 21 de marzo de 2006, fue agregado al objeto del contrato los siguientes recursos:

⁴⁹ Visible a folio 54 del Cuaderno del Tribunal.



“PRIMERA.- Mediante el presente contrato, **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SAN PABLO DE CARTAGENA** en su calidad de **FIDEICOMITENTE CEDENTE** transfiere irrevocablemente al **CESIONARIO PATRIMONIO AUTÓNOMO E.S.E. SAN PABLO**, la totalidad de los derechos económicos provenientes de los servicios de urgencias, prioritarios, cuyos pagos se producen mediante resoluciones de reconocimiento de servicio, y los derechos económicos provenientes de los servicios de hospitalización y ambulatorios que sean reconocidos mediante procesos de conciliación, que se derivan de los contratos de prestación de servicios de salud relacionados en el **Anexo No. 5** que hacen parte integral del presente contrato de cesión y es el **Anexo No. 2** del contrato de Fiducia mercantil irrevocable celebrado el 25 de marzo de 2004 mediante el cual se constituyó el patrimonio autónomo E.S.E SAN PABLO”

Ahora, en la cláusula tercera del contrato de fiducia, se determinó cuál sería la destinación específica de los dineros constitutivos del patrimonio autónomo, siendo esta:

“TERCERA. DESTINACIÓN ESPECÍFICA DE LOS DINEROS:

1. Los dineros de que trata la cláusula anterior, se destinarán exclusivamente al pago de obligaciones que mediante escrito dirigido al FIDUCIARIO, instruya el FIDEICOMITENTE, previo descuento de las comisiones y los gastos del patrimonio autónomo

2. No obstante lo anterior, la FIDUCIARIA podrá girar al FIDEICOMITENTE dineros del Patrimonio Autónomo, según instrucción escrita del mismo cuando se hayan realizado las provisiones de que tratan los siguientes numerales. Sin embargo, en el evento en que el Patrimonio Autónomo esté conformado únicamente por los dineros provenientes de los dineros necesarios para la cancelación de las obligaciones instruidas, estos deberán permanecer en su totalidad y no podrán ser retirados por el FIDEICOMITENTE.

3. EL FIDEICOMITENTE deberá, durante la vigencia del contrato, mantener una provisión mínima en el Patrimonio Autónomo, destinada a cubrir los costos y gastos que le genere la defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros y del FIDEICOMITENTE y las medidas cautelares (embargos) que se pretendan recaer sobre los bienes fideicomitidos, los cuales no están incluidos en la comisión fiduciaria. De dicha provisión se descontarán de manera automática y preferencialmente por parte Fiduciario, para lo cual se encuentra plenamente facultado, los costos, abogado, copias, etc., actuaciones procesales y extraprocesales, que se requiera en dicha defensa. La provisión mínima a que se refiere éste numeral deberá mantener cinco (5) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

4. Los dineros administrados en desarrollo de este contrato se podrán invertir en el Fondo Común Especial VIP, en el Fondo Común Especial RIESGONACIÓN, en el Fondo Común Ordinario CASH, en otros fondos comunes especiales o en un portafolio individual que el FIDUCIARIO administre de acuerdo a las instrucciones impartidas por el FIDEICOMITENTE, en cuanto a plazo. Las entidades financieras que se escojan para realizar las inversiones deberán ser aceptadas por el Comité Financiero del FIDUCIARIO, previa



*consulta del FIDEICOMITENTE*⁵⁰ (Negrillas dentro del texto, subrayas de la Sala).

En tal contexto, lo que se observa es que el anotado contrato tuvo por objeto que la fiduciaria recibiera y administrara los dineros a que tenía derecho la E.S.E. San Pablo de Cartagena por los pagos que le eran efectuados por la prestación de los servicios de salud, urgencias, prioritarios, servicios de hospitalización y ambulatorios.

Ahora, en el citado negocio se determinó que los dineros provenientes del patrimonio autónomo serían destinados al pago de las obligaciones a cargo de la fideicomitente **siempre que existiera una autorización en ese sentido por parte de ésta**. De ahí que, a juicio de la Sala, los acreedores de dicha E.S.E. no hubieren consolidado un derecho real de dominio frente a esos recursos, pues para el pago de sus acreencias, era un requisito *sine qua non* que existiera una autorización en ese sentido por parte del fiduciante, por lo que es claro que, pese a que se encontraban en un patrimonio autónomo, éste no perdió el control sobre los mismos.

Prueba de lo anterior es que, incluso en el citado contrato, se habilitó a la fiduciante para solicitar en cualquier momento el retiro de los dineros del patrimonio, esto siempre que se garantizara el pago de las obligaciones instruidas a la fiduciaria y que se dejara un mínimo de recursos en las reservas allí señaladas. Por ende, no es cierto que la empresa demandante tuviera algún derecho real sobre esos recursos, de modo que el cargo no tiene vocación de prosperidad.

8.5.3. Ahora, en relación con la afirmación que hace la accionante, de conformidad con la cual los dineros administrados por la fiduciaria provienen del Sistema General de Participaciones y en consecuencia no pueden ser parte de la masa a liquidar de la ESE, es preciso indicar que dicho Sistema fue creado por el Acto Legislativo 1 del 30 de julio de 2001, que modificó los artículos 356 y 357 de la Carta Política, en los siguientes términos:

“Artículo 356. *Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el*

⁵⁰ Visible a folio 57 del Cuaderno del Tribunal.



Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

Los Distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley.

Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena.

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándole prioridad al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, garantizando la prestación de los servicios y la ampliación de cobertura.

Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios.

La ley reglamentará los criterios de distribución del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, de acuerdo con las competencias que le asigne a cada una de estas entidades; y contendrá las disposiciones necesarias para poner en operación el Sistema General de Participaciones de éstas, incorporando principios sobre distribución que tengan en cuenta los siguientes criterios:

a) Para educación y salud: población atendida y por atender, reparto entre población urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y equidad;

b) Para otros sectores: población, reparto entre población y urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y pobreza relativa.

No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios se distribuirán por sectores que defina la ley.

El monto de recursos que se asigne para los sectores de salud y educación, no podrá ser inferior al que se transfería a la expedición del presente acto legislativo a cada uno de estos sectores.

Parágrafo transitorio. El Gobierno deberá presentar el proyecto de ley que regule la organización y funcionamiento del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, a más tardar el primer mes de sesiones del próximo período legislativo.” (Subrayas de la Sala).

“Artículo 357. El monto del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios se incrementará anualmente en un porcentaje igual al promedio de la variación porcentual que hayan tenido los ingresos Corrientes de la Nación durante los cuatro (4) años anteriores, incluida la correspondiente al aforo del presupuesto en ejecución.

Para efectos del cálculo de la variación de los ingresos corrientes de la Nación a que se refiere el inciso anterior, estarán excluidos los tributos que se arbitren



por medidas de estados de excepción, salvo que el Congreso, durante el año siguiente les otorgue el carácter permanente.

Los municipios clasificados en las categorías cuarta, quinta y sexta, de conformidad con las normas vigentes, podrán destinar libremente, para inversión y otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho (28%) de los recursos que perciban por concepto del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios, exceptuando los recursos que se destinen para educación y salud.

Parágrafo transitorio 1o. *El Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios tendrá como base inicial el monto de los recursos que la Nación transfería a las entidades territoriales antes de entrar en vigencia este acto legislativo, por concepto de situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y las transferencias complementarias al situado fiscal para educación, que para el año 2001 se valoran en la suma de diez punto novecientos sesenta y dos (10.962) billones de pesos.*

En el caso de educación, la base inicial contempla los costos por concepto de docentes y administrativos pagados con situado fiscal y el fondo de compensación educativa, docentes y otros gastos en educación financiados a nivel distrital y municipal con las participaciones en los ingresos corrientes de la nación, y los docentes, personal administrativo de los planteles educativos y directivos docentes departamentales y municipales pagados con recursos propios, todos ellos a 1o. de noviembre del 2000. Esta incorporación será automática a partir del 1o. de enero de 2002.

Parágrafo transitorio 2o. *Durante los años comprendidos entre 2002 y 2008 el monto del Sistema General de Participaciones crecerá en un porcentaje igual al de la tasa de inflación causada, más un crecimiento adicional que aumentará en forma escalonada así: Para los años 2002, 2003, 2004 y 2005 el incremento será de 2%; para los años 2006, 2007 y 2008 el incremento será de 2.5%.*

Si durante el período de transición el crecimiento real de la economía (producto interno bruto) certificado por el DANE en el mes de mayo del año siguiente es superior al 4%, el crecimiento adicional del Sistema General de Participaciones de que trata el presente parágrafo se incrementará en una proporción equivalente al crecimiento que supere el 4%, previo descuento de los porcentajes que la Nación haya tenido que asumir, cuando el crecimiento real de la economía no haya sido suficiente para financiar el 2% adicional durante los años 2002, 2003, 2004 y 2005, y 2.5% adicional para los años 2006, 2007 y 2008.

Parágrafo transitorio 3o. *Al finalizar el período de transición, el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación destinados para el Sistema General de Participación será como mínimo el porcentaje que constitucionalmente se transfiera en el año 2001. La Ley, a iniciativa del Congreso, establecerá la gradualidad del incremento autorizado en este parágrafo.*

En todo caso, después del período de transición, el Congreso, cada cinco años y a iniciativa propia a través de ley, podrá incrementar el porcentaje.

Igualmente durante la vigencia del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, el Congreso de la República, podrá revisar por iniciativa propia cada cinco años, la base de liquidación de éste.” (Subrayas de la Sala).



Así, frente a la naturaleza del Sistema General de Participaciones, el artículo 1º de la Ley 715 de 2001, señaló:

“Artículo 1o. Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley.”

En tal contexto, lo que advierte la Sala del anterior recuento normativo es que el Sistema General de Participaciones se encuentra constituido por aquellos recursos que, por mandato de la Constitución Política, **son girados directamente por la Nación a los entes territoriales con el fin de que éstos financien los servicios a su cargo**, particularmente, los de educación, agua potable y salud.

Ahora, descendiendo al caso en concreto, lo que encuentra la Sala es que la E.S.E. San Pablo de Cartagena era contratista de los servicios de salud y de urgencias que le prestaba a algunas Administradoras de Riesgos de Salud (en adelante ARS) de tipo público y privado, de tal manera que los dineros provenientes de esos negocios eran los que se depositaban en el patrimonio autónomo a cargo de la Fiduciaria Tequendama.

Igualmente, resulta oportuno señalar que, como se indicó en el punto 8.5.2.2. de esta providencia, dichos dineros depositados en el anotado patrimonio eran los que, en principio, eran utilizados para el pago de acreedores; es decir, a las personas naturales y jurídicas con las que ESE suscribía contratos, esta vez en calidad de contratante, entre los cuales, valga señalar, se encuentra la parte actora.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que los siguientes fueron los contratos que suscribió la ESE como contratista en la prestación del servicio de salud, cuyos recursos se direccionaban al patrimonio autónomo:

- **CON ARS PRIVADAS:** (i) Comfamiliares en Salud UT (Contrato No. E0148 – HSPC90766-6M del 1 abril de 2003⁵¹), (ii) Asociación Mutual Ser E.S.S. (Contrato No. Del 1 de abril de 2005⁵²), (iii) Organización Clínica General del

⁵¹ Visible a folios 402 a 411 del Cuaderno del Tribunal.

⁵² Visible a folios 412 a 416 del Cuaderno del Tribunal



Norte S.A. (Contrato del 1 de marzo de 2005⁵³) (iv) Caja de Compensación Familiar de Córdoba – Comfacor (Contrato No. 088 del 1 de octubre de 2004⁵⁴)

- **CON ARS PÚBLICAS:** (i) el Departamento Administrativo de Salud –DADIS del Distrito de Cartagena de Indias (Contrato No. 27 del 29 de abril de 2004⁵⁵), (ii) Caprecom (Contrato No. 32 de 2003⁵⁶) y (iii) el Departamento de Bolívar (Convenio interadministrativo del 15 de abril de 2004⁵⁷),

Igualmente, es pertinente advertir que, a folio 452 del Cuaderno del Tribunal, obra un oficio del 11 de abril de 2005, emitido por la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, en el que se indicó que, además de las citadas entidades, también se suscribieron negocios con las siguientes ARS privadas: COOSALUD, Comparta Salud, Solsalud, Humana vivir, Salud total, Barrios Unidos del Quibdó y Salud Total, sin que los mismos obren el plenario.

Así las cosas, como quiera que los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones son aquellos que son girados directamente por la Nación a los entes territoriales para que éstos puedan financiar la prestación de los servicios a su cargo, en este caso, el de salud, es claro que los negocios suscritos por las ARS privadas y Caprecom con la E.S.E. San Pablo de Cartagena no podían ser sufragados con dineros provenientes del citado sistema, por lo que, frente a éstos, la Sala no emitirá ningún pronunciamiento.

Sin embargo, en lo que hace al Departamento de Bolívar y la Alcaldía Mayor de Cartagena, que sí tienen la condición de entes territoriales, se procederá a analizar si las sumas dinerarias que éstas usaron para costear sus respectivos contratos tenían una destinación específica al pertenecer al Sistema General de Participaciones y si por tal razón no podían integrar la masa de liquidación de la citada E.S.E.:

⁵³ Visible a folios 438 a 441 del Cuaderno del Tribunal.

⁵⁴ Visible a folios 444 a 450 del Cuaderno del Tribunal.

⁵⁵ Visible a folios 395 a 401 del Cuaderno del Tribunal.

⁵⁶ Visible a folios 412 a 416 del Cuaderno del Tribunal.

⁵⁷ Visible a folios 417 a 421 del Cuaderno del Tribunal.



Al respecto, debe señalarse que el artículo 3º de la Ley 715 de 2001 determinó que los recursos del Sistema General de Participaciones tenían como destinación específica las siguientes:

“Artículo 3o. Conformación del sistema general de participaciones. *El Sistema General de Participación estará conformado así:*

1. *Una participación con destinación específica para el sector educación, que se denominará participación para educación.*
2. *Una participación con destinación específica para el sector salud, que se denominará participación para salud.*
3. *Una participación con destinación específica para el sector agua potable y saneamiento básico, que se denominará participación para agua potable y saneamiento básico.*

1. *Una participación de propósito general”*

Mientras que el artículo 47 *ibidem* estableció:

“Artículo 47. Destino de los recursos del sistema general de participaciones para salud. *Los recursos del Sistema General en Participaciones en salud se destinarán a financiar los gastos de salud, en los siguientes componentes:*

- 47.1. *Financiación o cofinanciación de subsidios a la demanda, de manera progresiva hasta lograr y sostener la cobertura total.*
- 47.2. *Prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.*
- 47.3. *Acciones de salud pública, definidos como prioritarios para el país por el Ministerio de Salud.”*

Ahora, a efectos de garantizar la destinación específica de los anotados recursos, el artículo 57 de la Ley 715 de 2001 contempló que éstos debían ser manejados a través de los Fondos de Salud; veamos:

“Artículo 57. Fondos de salud. *Las entidades territoriales, para la administración y manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones y de todos los demás recursos destinados al sector salud, deberán organizar un fondo departamental, distrital o municipal de salud, según el caso, que se manejará como una cuenta especial de su presupuesto, separada de las demás rentas de la entidad territorial y con unidad de caja al interior del mismo, conservando un manejo contable y presupuestal independiente y exclusivo, que permita identificar con precisión el origen y destinación de los recursos de cada fuente. En ningún caso, los recursos destinados a la salud podrán hacer unidad de caja con las demás rentas de la entidad territorial. El manejo contable de los fondos de salud debe regirse por las disposiciones que en tal sentido expida la Contaduría General de la Nación.*



Los recursos del régimen subsidiado no podrán hacer unidad de caja con ningún otro recurso.

A los fondos departamentales, distritales o municipales de salud deberán girarse todas las rentas nacionales cedidas o transferidas con destinación específica para salud, los recursos libremente asignados para la salud por el ente territorial, la totalidad de los recursos recaudados en el ente territorial respectivo que tengan esta destinación, los recursos provenientes de cofinanciación destinados a salud, y en general los destinados a salud, que deban ser ejecutados por la entidad territorial.

Parágrafo 1o. *Para vigilar y controlar el recaudo y adecuada destinación de los ingresos del Fondo de Salud, la Contraloría General de la República deberá exigir la información necesaria a las entidades territoriales y demás entes, organismos y dependencias que generen, recauden o capten recursos destinados a la salud.*

El control y vigilancia de la generación, flujo y aplicación de los recursos destinados a la salud está a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, con voz pero sin voto. El Gobierno reglamentará la materia.

Parágrafo 2o. *Sólo se podrán realizar giros del Sistema General de Participaciones a los fondos de salud”*

En la reglamentación de dicha disposición, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4693 de 2005, en el que dispuso que los recursos del Sistema General de Participaciones en salud debían ser administrados por los entes territoriales en los fondos de salud, a través de cuentas maestras, abiertas en entidades vigiladas por la Superintendencia de Salud. Al respecto, el artículo 1º y 2º. *ibídem* señalaron:

“Artículo 1º. Flujo de los recursos del régimen subsidiado en los Fondos locales, distritales o departamentales de Salud. Los recursos del Sistema General de Participaciones, los recursos de la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga y los demás recursos que se destinen a financiar el Régimen Subsidiado deberán manejarse por las entidades territoriales en los respectivos Fondos de Salud, mediante cuentas maestras, abiertas en entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, ubicadas en el respectivo municipio o distrito, o en su defecto en la capital del respectivo departamento.

Estos recursos serán girados a la cuenta maestra que cada municipio acredite ante los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social. Los recursos del régimen subsidiado no podrán hacer unidad de caja con ningún otro recurso.

Para tal efecto, las entidades territoriales deberán suscribir los respectivos convenios con las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y acreditar las cuentas ante los citados Ministerios a más tardar el 31 de enero de 2006. Solo podrán girarse los recursos que financien el régimen subsidiado cuando se acredite dicha cuenta maestra.

Solo podrán ser beneficiarias de las cuentas maestras, las Administradoras del Régimen Subsidiado, entidades que tendrán una sola cuenta bancaria por departamento para tal fin.



Parágrafo. *Las cuentas actualmente registradas ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el giro de los recursos del Sistema General de Participaciones destinados a la financiación de la atención de la población pobre mediante subsidios a la demanda, podrán actuar como cuenta maestra siempre y cuando se ajusten los respectivos convenios con las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia conforme a lo previsto en el presente decreto. “(Subrayas de la Sala).*

“Artículo 2º. Cuenta Maestra. Para los efectos de este decreto se entiende por cuenta maestra, la cuenta que por manejar exclusivamente los recursos del Régimen Subsidiado solo acepta como operaciones débitos aquellas que se destinen a otra cuenta bancaria que pertenece a una Administradora de Régimen Subsidiado. Toda transacción que se efectúe con cargo a los recursos que financian el régimen subsidiado, proveniente de la cuenta maestra, deberá hacerse por transferencia electrónica.

Parágrafo 1º. *Las entidades territoriales autorizarán el débito de estas cuentas con destino a las Instituciones Prestadoras de Salud únicamente cuando las Administradoras del Régimen Subsidiado sean objeto de la medida giro directo en los términos y condiciones señalados en el Decreto 3260 de 2004, o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*

Parágrafo 2º. *Las entidades territoriales autorizarán el débito de estas cuentas con destino a las Instituciones Prestadoras de Salud con las cuales tenga contrato para la ejecución de los recursos de que trata el artículo 46 de la Ley 715 de 2001. “(Subrayas de la Sala).*

Vistas así las cosas, hasta este punto, se puede colegir que los anotados recursos son transferidos directamente a los entes territoriales, para que, en temas relacionados con salud, éstos los usen para: (i) la financiación o confinación de subsidios, (ii) la prestación de dichos servicios a la población vulnerable, y (iii) la realización de acciones de salud pública, que sean definidas como prioritarias por el Ministerio de Salud.

De ahí que, a criterio de la Sala, cuando los entes territoriales, a través de sus Fondos de Salud, emplean dineros del citado sistema para la financiación de alguna de las mencionadas actividades, éstos cumplen el objeto para el que fueron creados y, por ende, dejan de pertenecer al mismo para ingresar a los haberes de la empresa prestadora del servicio.

En efecto, téngase en cuenta que para éstas últimas, los citados recursos no tienen la connotación dispuesta constitucionalmente para los entes territoriales, es decir, no configuran una transferencia directa de la Nación para la satisfacción de los servicios a cargo del Estado, sino que, por el contrario, representan la remuneración por los costes en que se incurrió para el desarrollo de la actividad contratada, de



manera que pasan a ser de su propiedad y pueden ser administrados de la manera en que se considere más oportuna, respetando la normativa aplicable al efecto.

Al respecto, es oportuno señalar que el literal D) del artículo 9º del Decreto 1893 de 1994 consideró que, entre otros, eran recursos de las ESE, los provenientes de la venta de sus servicios; veamos:

“Artículo 9º Ingresos de las Empresas Sociales del Estado. Para efectos del presente Decreto, se consideran recursos de las Empresas Sociales del Estado, en la respectiva entidad territorial, entre otros, los siguientes:

(...)

d) Los ingresos por venta de servicios.”(Subrayas de la Sala).

Aceptar lo contrario, esto es, que los recursos provenientes de dicho sistema continúan con su destinación específica, incluso una vez se suscriben contratos de prestación de esos servicios con terceros, sean éstos entes públicos o privados, implicaría desnaturalizar dicha figura, en la que, se insiste, se busca que los entes territoriales sean destinatarios directos de los recursos provenientes de la Nación para la atención de los servicios básicos a su cargo, e impediría que las entidades prestadoras de los mismos puedan destinarlos para cumplir sus obligaciones, o atender sus gastos, por lo que, inclusive, en ese escenario, no podría ser cancelada la deuda que la anotada ES.E contrajo con Cootrasomed.

Sumado a lo expuesto, de la revisión de los contratos que la E.S.E. Hospital San Pablo suscribió con el Departamento de Bolívar y la Alcaldía Mayor de Cartagena, lo que advierte la Sala es que no es posible establecer que dichos entes hubieren empleado recursos del Sistema General de Participaciones para cancelar los costes derivados de los negocios jurídicos, pues el origen de las sumas dinerarias no quedó definido en los respectivos contratos.

Además, de conformidad con el numeral 43.2.2. del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, los Departamentos pueden financiar la atención de los servicios de salud de la población vulnerable con recursos propios y, si lo consideran pertinente, con los provenientes del anotado sistema; veamos:

***Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud.** Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a*



los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

(...)

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental. (Subrayas de la Sala).

Mientras que, frente a los distritos, el artículo 45 ibídem, dispuso:

“Artículo 45. Competencias en salud por parte de los distritos. Los distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos, excepto aquellas que correspondan a la función de intermediación entre los municipios y la Nación.

La prestación de los servicios de salud en los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta se articulará a la red de prestación de servicios de salud de los respectivos departamentos. En los mencionados distritos, el laboratorio departamental de salud pública cumplirá igualmente con las funciones de laboratorio distrital.

Parágrafo. Los distritos y municipios que no hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán hacerlo si cumplen con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno, y tendrán el plazo definido por este.”

Por ende, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

8.6. De la controversia respecto a la analogía.

En este punto deberá absolverse si son nulas las disposiciones enjuiciadas al no aplicar por analogía las normas que regulan lo relativo a la cesión de los contratos de fiducia, al acreedor prendario y al régimen de insolvencia empresarial, en el proceso de liquidación de una Empresa Social del Estado.

8.6.1. Pues bien, frente a la aplicación por analogía de una norma, la Corte Constitucional, en sentencia C-083 de 1995, señaló:

“La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que



ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento por analogía no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.”⁵⁸ (Subrayas de la Sala).

Así las cosas, para aplicar por analogía una disposición es necesario que: (i) exista un proceso o causa vigente, (ii) que para dar respuesta a la misma no haya una Ley que permita su resolución, (iii) que los supuestos del asunto objeto de estudio sean similares a otros que sí estén regulados por otra norma, y (iv) que, por tanto, ambos casos admitan una misma respuesta en derecho.

Sobre el particular, esta Corporación, en concepto del 10 de noviembre de 2015, indicó:

“Pues bien, la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 de la siguiente manera:

“Artículo 8º. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

Esta disposición, que forma parte de un conjunto de reglas generales orientadas a solucionar vacíos legislativos, incongruencia en las leyes, oposición entre ley anterior y ley posterior y la forma de hacer el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo (artículo 1 de la Ley 153 de 1887), fue declarada executable por la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1995, en la cual se indicó que la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, “pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma.”

La analogía supone entonces (i) un asunto o conflicto que debe resolverse; (ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que comparten la misma razón

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C -083 del 1 de marzo de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.



jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho⁵⁹. Si se dan estas condiciones, se permite aplicar la ley análoga o semejante:

“7.2.7 De esta manera, en el proceso de integración normativa, la analogía surge como un mecanismo de expansión del derecho frente a aquellos casos en los que no existe regulación alguna. En otras palabras, la analogía implica atribuir al caso no regulado legalmente, las mismas consecuencias jurídicas del caso regulado similarmente. Sin embargo, para que dicho razonamiento sea válido jurídicamente, se requiere que entre los casos exista una semejanza relevante, que además de ser un elemento o factor común a los dos supuestos, corresponda a una razón suficiente para que al caso regulado normativamente se le haya atribuido esa consecuencia específica y no otra.”^{60,61}

8.6.2. Respecto a la aplicación por analogía del artículo 20 del Decreto 2211 de 2004, en el libelo introductorio, de forma literal, se cuestionó que los actos censurados eran ilegales bajo las siguientes razones:

“POR NO SOLICITAR AUTORIZACIÓN A LOS BENEFICIARIOS DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO PARA LA INCLUSIÓN DE LOS DINEROS CEDIDOS DE MANERA IRREVOCABLE A LA MASA DE LA LIQUIDACIÓN. Este requisito lo trae el artículo 20 del Decreto 2211 de 2004, y debió aplicarse por vía de analogía para cualquier acto de disposición de los dineros cedidos de manera irrevocable al Patrimonio Autónomo, y en caso de que dichos beneficiarios no fueran posibles de identificar como afirma el liquidador en la Resolución No. 126 de Agosto 19 de 2008, siempre serán posible de determinar con el apoyo de la Superintendencia Financiera, tal y como lo ordena la ley mercantil. Pero lo que no es dable es que el liquidador omita la autorización que debe solicitar de los beneficiarios determinados o determinables del Patrimonio Autónomo.

Pero el Agente Liquidador, al tomar la decisión de incluir los dineros cedidos de manera irrevocable al Patrimonio Autónomo, en la Masa de la Liquidación, sin la aprobación expresa de los beneficiarios del mismo, le aplica su CRITERIO SUBJETIVO de falta de beneficiarios, al indefenso beneficiario, COOTRASOMED, rechazando el recurso de mi cliente, incurriendo nuevamente el Liquidador en flagrante VIA DE HECHO por defecto sustantivo y también por defecto procedimental. Ésta actuación del Liquidador es abiertamente ilegal y su conducta constituye una ostensible VÍA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO.”⁶² (Subrayas de la Sala).

Ahora, el artículo en cuestión es del siguiente tenor:

⁵⁹ Sentencia SU-975 de 2003: “El principio de la analogía, o argumento *a simili*, consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera.”

⁶⁰ Sentencia T-734 de 2013.

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala de Consulta y Servicio Civil. Proceso radicado número: 11001 03 06 000 2015 00182 00. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

⁶² Visible en el índice número 192 del Cuaderno del Tribunal.



“Artículo 20. Cesión de contratos de fiducia. Dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la liquidación, el Liquidador deberá realizar las gestiones encaminadas a ceder todos los contratos de fiducia que aún tengan pendiente el plazo de ejecución, cualquiera que sea su clase.

Para la cesión de los contratos, el Liquidador deberá formular una invitación a las instituciones financieras legalmente facultadas para desarrollar operaciones de fiducia para que presenten sus ofertas dentro del término que fije el Liquidador. El Liquidador realizará la cesión del contrato y de los bienes dados en fiducia a la compañía que ofrezca las mejores condiciones, previa aceptación de los beneficiarios y/o fideicomitentes del contrato de fiducia manifestada por escrito dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha del envío de la comunicación del Liquidador, en la cual se proponga la cesión del contrato, en la que se advertirá que en caso de que la decisión sea negativa el contrato se terminará y se procederá a su liquidación aplicando el procedimiento general establecido en el presente decreto, en lo pertinente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 290 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Parágrafo primero. *En los casos en que no se haya pactado la aceptación expresa de la cesión, si vencido el plazo para que el beneficiario y/o fideicomitente se pronuncie sobre la solicitud de aceptación de la cesión contractual propuesta, no hay manifestación alguna al respecto, se entenderá aceptada la cesión.*

Parágrafo segundo. *En caso de negocios fiduciarios con beneficiario plural, la cesión del contrato deberá ser aceptada por quienes representen por lo menos el 51 % de los derechos en el contrato. En caso de que no se reúna este porcentaje se entenderá que la decisión es negativa.*

Parágrafo tercero. *Aceptada la cesión, el Liquidador procederá a realizar las gestiones y pagos necesarios para perfeccionar dicha cesión con cargo a los recursos disponibles en cada contrato. En el evento en que no existan recursos, el fideicomitente, o la parte que contractualmente esté obligada a ello, deberá proporcionar dichos recursos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha del envío de la comunicación del Liquidador en la cual le solicite los recursos. Vencido este término, el Liquidador requerirá al beneficiario del contrato para que provea los recursos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que se efectúe el requerimiento. En caso de que vencido este segundo término no se reúnan los recursos necesarios para perfeccionar la cesión del contrato, se entenderá que la decisión es negativa y se procederá a su liquidación aplicando el procedimiento establecido en el presente decreto, en lo pertinente”.*

Así las cosas, se desprende de lo anotado que el evento regulado en la norma está referido a la liquidación de una entidad financiera que funge como fiduciaria, caso en el cual debe realizar las gestiones necesarias para la cesión del contrato de fiducia o, de no ser ello procedente, entonces liquidarlo.

Por ende, la Sala considera que dicha disposición regula un escenario distinto al que es objeto de controversia, pues en este caso no se trata de la liquidación de la entidad fiduciaria, sino de la entidad fiduciante, de tal suerte que, tratándose de dos



(2) extremos completamente disímiles en la relación contractual, es claro que no puede ser aplicada por analogía la citada norma.

8.6.3. Por otro lado, sobre el numeral 7 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, se expuso:

“POR NO CONSIDERAR A LOS CONTRATISTAS A LOS CONTRATISTAS QUE COLABORARON CON LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS CEDIDOS AL PATRIMONIO AUTÓNOMO, COMO ACREEDORES PRENDARIO DE LOS RECURSOS CEDIDOS QUE SE INCORPORARON A LA MASA EN LIQUIDACIÓN: De manera subsidiaria a las razones expuestas en los numerales anteriores y en el remoto caso que se considere que los dineros cedidos al Patrimonio Autónomo hacen parte de la masa de liquidación, el liquidador debió reconocer igualmente la calidad de los beneficiarios de quienes ejecutaron los contratos cuyos dineros fueron cedidos al Patrimonio Autónomo, y por ende calificar o reconocer a los beneficiarios de pago como acreedores prendarios, aplicando de manera analógica el numeral 7 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006. Y al proceder en contrario, el Agente Liquidador incurre en flagrante VÍA DE HECHO por defecto sustantivo y también por el defecto procedimental. Esta actuación del Liquidador es abiertamente ilegal y su conducta constituye una ostensible VÍA DE HECHO por defecto sustantivo.”⁶³ (Subrayas de la Sala).

Pues bien, de la revisión del Decreto 254 de 2000, esto es, del régimen de liquidación aplicable a la E.S.E. San Pablo de Cartagena, no se advierte regla alguna que defina las consecuencias derivadas de casos en lo que la entidad que entra en ese régimen tenga contratos de fiducia vigentes con acreedores, de manera que, ante ese vacío normativo, en principio, lo correcto sería remitirse al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de conformidad con el artículo 1º *ibidem*, tal y como quedó explicado al abordar el análisis de la presente controversia.

Sin embargo, esa codificación tampoco contiene una regulación expresa sobre el particular; por ende, la Sala es del criterio que le asiste razón al accionante en cuanto asegura que es posible remitirse al numeral 7 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, por analogía, dada la laguna normativa sobre el particular y que esta norma expresamente consagró lo atinente a los efectos de un proceso de liquidación específicamente sobre los contratos de fiducia vigentes y la manera en que se debe pagar a los acreedores del patrimonio autónomo.

Dicha disposición normativa es del siguiente tenor:

⁶³ Visible en el índice número 193 del Cuaderno del Tribunal.



“Artículo 50. Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:

(...)

7. La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

Tratándose de inmuebles, el juez comunicará la terminación del contrato, mediante oficio al notario competente que conserve el original de las escrituras pertinentes. La providencia respectiva será inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en la matrícula correspondiente. El acto de restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo se considerará sin cuantía, para efectos de derechos notariales, de registro y de timbre.

Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados.

La restitución de los activos que conforman el patrimonio autónomo implica que la masa de bienes pertenecientes al deudor, responderá por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelación de ley aplicables al concurso.

La fiduciaria entregará los bienes al liquidador dentro del plazo que el juez del proceso de liquidación judicial señale y no podrá alegar en su favor derecho de retención por concepto de comisiones, honorarios o remuneraciones derivadas del contrato.”

Nótese cómo la citada disposición normativa determinó, de manera general, que en ese escenario: (i) el contrato de fiducia debe finalizar, (ii) los bienes de éste ingresan a la masa de liquidación y (iii) los acreedores del patrimonio autónomo se tratan como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria y sus obligaciones se pagan con cargo a la masa, por el fiduciante.

Lo hasta aquí expuesto es relevante, pues pone en evidencia que la aplicación de esa disposición normativa excede el objeto del litigio, pues traería como consecuencia que la Sala tenga que determinar cómo fue calificado el crédito de la demandante, es decir, si en realidad no fue considerada como acreedora prendaria; cuestión ésta que no fue ventilada en el proceso como parte de la controversia a resolver, pues no se cuestionó la forma en que fue calificado el crédito de la accionante en la Resolución No. 051 del 19 de mayo de 2009 y mucho menos se



impugnó el aparte respectivo de ese acto, sino la procedencia de incluir los dineros depositados en el patrimonio autónomo en la masa de liquidación.

Ahora, tampoco se halla inconformidad sobre la calificación en el recurso de reposición interpuesto o que se hubiere elevado una petición en ese sentido al agente liquidador, pues lo cierto, por demás, es que la demanda se interpuso cuando el proceso liquidatorio no había concluido, luego no existía entonces certeza del grado en que se hubiere posicionado el crédito de Cootrasomed.

Además, debe resaltarse que las pretensiones de la demanda no son indemnizatorias, pues lo que se pidió es que se reconozca que los bienes del patrimonio estaban excluidos de la masa de liquidación o que, subsidiariamente, se reconozca como acreedor prendario a la actora, sin que, se insiste, conste que esta última solicitud hubiere sido parte de la discusión en el trámite administrativo, ni trata sobre tal asunto el acto administrativo que desató el recurso de reposición que el actor presentó.

En suma, pese a que asiste razón a la accionante respecto a que debió calificarse su crédito como acreedora prendaria, el cargo no tiene vocación de prosperidad, debido a que el acto administrativo que resuelve la reposición que presentó el actor contra el acto que califica créditos y decide sobre bienes excluidos de la masa, identificado con el número 126 de agosto 19 de 2008, no se ocupa del tema, pues el asunto no fue objeto de reproche en estos términos; y el acto recurrido, es decir, la Resolución número 051 de 2008, no permite identificar claramente cómo fueron calificados los créditos del actor, ni hay certeza de que el mismo fuese el acto definitivo, pues precisamente estaba sujeto a los recursos interpuestos.

En el mismo sentido, el actor no acredita ni señala si recibió alguna suma por concepto de la liquidación, ni identifica la deuda que habría quedado pendiente de pagársele y si, teniendo en cuenta los recursos de la liquidada, ello era procedente, lo que hace imposible identificar un eventual daño derivado de la calificación de su crédito.

8.6.4. Ahora, aunque lo expuesto sería suficiente para despacha desfavorablemente el cargo, no se pasa por alto que en este punto COOTRASOMED alega que debió aplicarse la anotada norma por analogía, en la



medida en que, al tener la condición de beneficiaria del patrimonio autónomo constituido por la E.S.E. Hospital San Pablo S.A., el Agente Liquidador de ese centro hospitalario debió solicitar su autorización para incluir los recursos de dicha fiducia en la masa de liquidación o, en caso de aceptarse que los dineros de dicho patrimonio sí podían incluirse en la masa, tenerla como acreedora prendaria del mismo.

Por ende, es claro que el cargo, en su primera parte, se fundamenta en una premisa errada, esto es, que la sociedad actora tenía un derecho real de dominio sobre los recursos que constituían el patrimonio autónomo; lo cual, como se vio en el punto 8.5.2. de esta providencia, no es acertado, pues para el pago de las obligaciones era necesaria la emisión de una autorización de la fiduciante, de manera que era ésta la que tenía el control sobre dichos recursos.

Por ende, como los supuestos fácticos en que se fundan esos reproches no son ciertos, la Sala se abstendrá de estudiarlo de fondo.

8.7. De la controversia sobre el principio de publicidad.

En este punto, tendrá que definirse si es cierto que, dentro del procedimiento liquidatorio de la ESE Hospital San Pablo, no se comunicó a los acreedores del patrimonio autónomo sobre la inclusión de tales recursos a la masa de liquidación, lo que impidió que éstos ejercieran su derecho de defensa.

Sobre el particular, en la demanda se dijo:

“POR NO REALIZAR LA PUBLICIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE LA NO MASA DE LOS DINEROS CEDIDOS DE MANERA IRREVOCABLE AL PATRIMONIO AUTÓNOMO E.S.E. SAN PABLO SU SIGNIFICADO Y ALCANCE: El significado de la NO MENCIÓN de los dineros que fueron cedidos al patrimonio autónomo, de la no masa de la liquidación, es oculto para los acreedores, por lo que una vez conocida la resolución, los beneficiarios del Patrimonio Autónomo no gozaron de las garantías suficientes para que las partes interesadas hubieran podido ejercer cabalmente su derecho de defensa en protección al derecho fundamental a la propiedad. Todo lo contrario, se guardó silencio, se las atacó judicialmente con recursos procesalmente desleales, colocándolos en plausible situación de indefensión, ante lo subrepticio del procedimiento, lo que a todas luces constituye una nueva violación del derecho



*de defensa de los reclamantes y de mi poderdantes de manera concreta*⁶⁴
(Subrayas de la Sala).

Mientras que, en el recurso de alzada, se sostuvo:

“POR NO REALIZAR LA PUBLICIDAD DEBIDA: En efecto el agente liquidador no cumplió con la función que lo obliga a “Velar porque se dé cumplimiento al principio de publicidad del proceso de liquidación” consagrado en el literal o del artículo 6 del Decreto 254 de 2000.

El significado de la NO MENCIÓN de los dineros que fueron cedidos al patrimonio autónomo, de la no masa de liquidación fue oculto para los acreedores. La Resolución No. 051 del 19 de mayo de 2008, no explica ni hace mención alguna acerca de las consecuencias de omitir la mención de los dineros cedidos al patrimonio autónomo, de los dineros de la no masa.

El agente liquidador actuó con desviación de poder al momento de expedir los actos – ahora acusados de nulos – sin la plena observancia de las normas que regulan el procedimiento. Ello desconoció el debido proceso y el derecho de defensa de los administrados; especialmente en un proceso de liquidación que no fue buscado por los prestadores de servicio” (Subrayas de la Sala).

Así las cosas, lo que se observa es que nuevamente el mencionado cargo parte de una premisa equivocada, esto es, que la empresa demandante tenía un derecho real de dominio sobre los dineros que constituían el patrimonio autónomo, sin que, como se vio, tal afirmación devenga en procedente.

Aunado a lo anterior, concuerda la Sala con el Tribunal en que, de la revisión de los considerandos de los actos enjuiciados, es posible extraer que el Agente Liquidador de dicho centro hospitalario sí comunicó a través de diarios de amplia circulación nacional sobre el trámite liquidatorio, lo que permitió que los acreedores de ese centro hospitalario, incluida la actora, presentaran las reclamaciones que estimaran convenientes.

Sobre el particular, en los artículos cuarto y quinto de la Resolución No. 051 del 19 de mayo de 2008, se dijo:

*“**TERCERO.**- Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 y siguientes del Decreto 711 del 20 de Diciembre de 2007 y dentro del término legal, el Gerente Liquidador emplazó a quienes tuvieran reclamaciones de cualquier índole contra la E.S.E intervenida así como a quienes tuvieran en su poder a cualquier título activo de la entidad en liquidación, para los fines de su devolución y cancelación, fijado por el término de un mes en la sede de la liquidada y publicado en Diarios de amplia circulación Nacional y Local.*

⁶⁴ Visible a folio 195 del Cuaderno del Tribunal.



CUARTO.- Que dicho emplazamiento fue fijado en la oficina principal de la E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, ubicada en el sector de Zaragocilla en la calle 22 carrera 56 y 57 del Municipio de Cartagena, el día 11 de Febrero de 2008 y Desfijado el 11 de marzo del mismo año, publicados en los diarios la Republica y el Universal, el 31 de enero primer aviso y el 11 de febrero segundo aviso, donde se emplazó a todos los que se consideren con derecho a formular reclamaciones contra LA E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, a fin de que se presente con prueba siquiera sumaria de sus créditos, cuyo término estuvo comprendido entre el 12 de Febrero al 11 de marzo de 2007. En dichas publicaciones se advirtió que cuando se trate de derechos incorporados en títulos valores se deberá presentar el original del título, los terceros que tengan activos de la entidad para los fines de devolución y cancelación y, que una vez vencido el término para presentar reclamaciones, el Liquidador no estará facultado para aceptar ninguna reclamación.⁶⁵ (Subrayas de la Sala).

Por ende, el cargo no tiene tampoco vocación de prosperidad.

8.8. Finalmente, frente a la solicitud de aplicación del principio de *iura novit curia*, la Sala debe mencionar que, para descender al estudio de lo pretendido a título de restablecimiento, era requisito *sine que non* acreditar la prosperidad de la pretensión de nulidad de los actos enjuiciados. Por ende, como en el presente asunto no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos enjuiciados, la Sala se relevará del estudio del mencionado cargo.

Sobre el particular, esta Sección, en sentencia del 21 de mayo de 2020; indicó:

“Se advierte entonces que la demandante funda su disenso con la sentencia de primera instancia aludiendo a la necesidad de tener debidamente probada su pretensión de restablecimiento del derecho. No obstante, debe serle recordado a la enunciada sociedad que tal ordenamiento sólo es procedente una vez se defina la validez de tales actos, esto es, una vez el Juez encuentre acreditada la pretensión de nulidad, como quiera que el restablecimiento es una consecuencia inexorable de la declaración de invalidez siempre que así se encuentre acreditado.

Bajo tal perspectiva, y habida cuenta de que no logró desvirtuar la presunción de validez de las decisiones que acusa en esta sede, no es viable acceder a las súplicas de restablecimiento y por ello también procede la confirmación de la sentencia de primera instancia.⁶⁶ (Subrayas de la Sala).

⁶⁵ Visible a folio 37 del Cuaderno del Tribunal.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 21 de mayo de 2020. Proceso radicado número: 25000 23 41 000 2013 00439 01. Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de diciembre de 2014, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Bolívar, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada se ordena que por Secretaría se devuelva el proceso al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 10 de octubre de 2022.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente
Consejero de Estado
Aclaro Voto

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.