

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

REF: 2007-00486-01

Acción: Apelación contra la sentencia de 7 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Actor: COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia de 7 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que decidió: (i) declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada (ii) inhibirse de pronunciarse sobre la legalidad de la cuenta de cobro No. FOG252 de 2007, por las razones expuestas en la parte motiva de esa providencia; (iii) declarar la nulidad de la decisión tomada por la Junta Directiva del FOGACOOOP el 21 de septiembre de 2007, por medio de la cual se liquidaron los derechos de inscripción correspondientes a Coomeva Cooperativa Financiera; (iv) a título de restablecimiento del derecho, se ordenó al FOGACOOOP que reliquide el valor de los derechos de inscripción a cargo de Coomeva Cooperativa Financiera, teniendo en cuenta para ello los estados financieros del momento de su constitución, y en consecuencia le restituya el mayor valor cobrado, debidamente actualizado, de conformidad con la parte motiva de esa providencia y (v) denegar las demás pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

I.1.La demanda

La empresa **COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA**, por medio de apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el FONDO DE GARANTÍAS DE ENTIDADES COOPERATIVAS FOGACOOOP con el fin de:

1.- Que se declare la nulidad del oficio del 21 de septiembre de 2007 con número de radicación 2007006161-11, mediante el cual FOGACOOOP liquidó el valor de los derechos de inscripción que debía cancelar COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA a esa entidad, estableciéndolos en la suma de \$2.336.670.628.oo moneda corriente, equivalentes al 0.2% del valor de los activos totales registrados en el balance del último corte trimestral que de la COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA "COOMEVA" reposaba en la base de datos del FONDO, los cuales, a 30 de junio de 2007 ascendían a la suma de \$1.168.335.313.oo de acuerdo con la certificación expedida por el revisor fiscalde COOMEVA.

2.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad de la cuenta de cobro No. FOG252 de septiembre 21 de 2007 por valor de dos mil trescientos treinta y seis millones seiscientos setenta mil seiscientos veintiocho pesos (\$2.336.670.628) por concepto de derechos de inscripción en el FOGACOOOP.

3.- Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al FOGACOOOP que reliquide el valor de los derechos de inscripción

a cargo de Coomeva, teniendo como base para ello los estados financieros al 10 de septiembre de 2007, fecha a partir de la cual adquirió existencia legal como consecuencia del otorgamiento de la escritura pública 3339, mediante la cual se constituyó como nuevo establecimiento crédito organizado como cooperativa financiera.

4.- Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a FOGACOOOP restituirle a Coomeva la suma de dos mil noventa y seis millones seiscientos setenta mil seiscientos treinta pesos (\$2.096.670.630) equivalentes al mayor valor cobrado y pagado por concepto de los derechos de inscripción, junto con sus respectivos intereses remuneratorios liquidados a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera desde el día 21 de septiembre de 2007 hasta cuando quede en firme la sentencia, y partir de esa fecha, intereses moratorios liquidados también a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera hasta cuando se efectúe el correspondiente reembolso.

5.- Que a título de restablecimiento del derecho se ordene al FOGACOOOP pagarle a Coomeva la desvalorización monetaria correspondiente a las sumas de dinero pagadas de más.

6.- Que se condene al FOGACOOOP a pagar las costas del Proceso.

I.1.1. Fundamentos de hecho y derecho

I.1.1.1. La actora relaciona en la demanda los siguientes hechos:

En su carácter de cooperativa multiactiva Coomeva se encontraba autorizada, por virtud del artículo 39 de la Ley 454 de 1998, para desarrollar actividades financieras mediante la captación de depósitos a la vista o a término de sus asociados, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.

Como Coomeva se encontraba dentro de la hipótesis establecida en el artículo 44 de la Ley 454 de 1998, hubo la necesidad de especializar su actividad financiera, y se escogió como alternativa la figura de la escisión impropia consagrada en los artículos 3° y siguientes de la Ley 222 de 1995, con miras a constituir un establecimiento de crédito organizado como cooperativa financiera, mediante la transferencia en bloque de una parte de sus activos representados en un CDT y en cartera de crédito originada en la celebración de operaciones de intermediación financiera a través de su entonces sección de ahorro y crédito, recibiendo como contraprestación por ese aporte en especie, participaciones representativas del patrimonio de la entidad segregada.

Por lo anterior, se solicitó a la Superintendencia de Economía Solidaria autorizar la escisión impropia, la cual fue autorizada.

En firme el acto administrativo expedido por la Superintendencia de Economía Solidaria, la Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia "Coomeva" conjuntamente con la Corporación Coomeva para la Recreación y la Cultura, la Fundación Coomeva, SALUCOOP, Equidad Seguros Generales OC, Equidad Seguros de Vida OC, FUNDEQUIDAD, y el Fondo de Empleados de Coomeva "FECOOMEVA", mediante comunicación radicada el 19 de junio de 2007 solicitaron a la

Superintendencia Financiera impartir la autorización para constituir una nueva cooperativa financiera, que tendría su domicilio principal en Cali y cuyo capital ascendería a la suma de ciento veinte mil millones de pesos (\$120.000.000.000).

La Superintendencia Financiera mediante la Resolución 943 del año 2007, autorizó la constitución de Coomeva Cooperativa Financiera como establecimiento de crédito, ordenando al mismo tiempo que se procediera a la formalización de esa constitución, elevando a escritura pública el proyecto de estatutos sociales aprobado por ese organismo de control.

Mediante la escritura pública 3339 de 10 de septiembre de 2007 otorgada en la Notaría Sexta de Cali, se solemnizó el acuerdo de escisión de Coomeva de manera conjunta con los estatutos sociales del nuevo establecimiento de crédito resultante de esa escisión esto es Coomeva Cooperativa Financiera.

Esa escritura pública se inscribió en el registro mercantil el 11 de septiembre de 2007. La Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia "Coomeva" sin disolverse transfirió en bloque a título de aporte en especie, activos en cuantía de ciento once mil ochocientos millones de pesos (\$111.800.000.0000), a título de aporte en especie.

El 6 de agosto de 2007 a instancias de la Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia "Coomeva" se iniciaron los trámites administrativos correspondientes de cara a obtener la inscripción de la nueva cooperativa financiera resultante de su escisión ante FOGACCOOP.

Esa actuación administrativa concluyó con el oficio de 21 de septiembre de 2007 mediante el cual el FOGACCOOP liquidó el valor de los derechos de inscripción que debía cancelar Coomeva Cooperativa Financiera, fijándolos en la suma de dos mil trescientos treinta y seis millones seiscientos setenta mil seiscientos veintiocho pesos (\$2.336.670.628), tomando de manera arbitraria para esos efectos el valor de los activos totales registrados en el balance del último corte trimestral de la Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales del Colombia que reposaba en la base de datos del Fondo, ignorando que la alternativa escogida para la especialización de la actividad financiera implicaba la constitución de una nueva entidad que, aunque de naturaleza cooperativa, es una persona jurídica distinta de quienes participaron en esa constitución.

Por lo anterior, Coomeva Cooperativa Financiera se vio obligada a cancelar por concepto de derechos de inscripción la suma de dos mil trescientos treinta y seis millones seiscientos setenta mil seiscientos veintiocho pesos, equivalentes al 0.2% del valor de los activos totales registrados en el balance del último corte trimestral de la cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia "Coomeva", cuando en realidad lo que estaba obligado a pagar era doscientos cuarenta millones de pesos, equivalentes al 0.2% de los activos totales registrados en el balance de constitución, los cuales al 10 de septiembre de 2007, fecha de otorgamiento de la escritura pública 3339, ascendían a la suma de ciento veinte mil millones de pesos.

Una vez se cancelaron los derechos de inscripción en la cuantía arbitrariamente fijada, la Superintendencia expidió la Resolución 1731 de 2007 mediante la cual se impartió la

correspondiente autorización para que pudiera desarrollar su objeto social.

I.1.1.2. Al precisar las normas violadas y concepto de la violación, asegura la demandante que con ocasión de la expedición de los actos acusados, se violaron los artículos 13, 29, 83, 121 y 209 de la Constitución, 53 del EOSF, 3 y siguientes de la Ley 222 de 1995, 39, 44 y 45 de la Ley 454 de 1998, 104 de la Ley 795 de 2003, 1, 2, 4, 11, 12 y 16 del Decreto - Ley 2206 de 1998, 16 de la Resolución 03 de 2004 del FOGACCOOP y 35 del Código Contencioso Administrativo.

I.1.1.3. El concepto de la violación de la citadas normas fue discriminado en los siguientes cargos:

Mencionó que en la expedición del oficio y de la cuenta de cobro demandados, el FOGACCOOP no obró conforme con las leyes preexistentes al acto que se imputa, sino que lo hizo contrariando la legislación preexistente.

Indicó que de un análisis detenido del texto de la comunicación de 21 de septiembre de 2007, a la luz de las consideraciones expuestas en la comunicación del 17 de agosto de ese año, se tiene que los motivos que tuvo en cuenta FOGACCOOP para tomar como base de la determinación del valor de los derechos de inscripción, los estados financieros reportados por la Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales, carecen de la virtualidad jurídica suficiente y necesaria para justificarlo dentro de la idea de satisfacer el interés general o público.

Precisó que si las condiciones a las cuales se sujetó la aprobación para la inscripción de Coomeva Cooperativa Financiera se fundamentó en el hecho de que se trata de un proceso de especialización de una cooperativa ya existente, debiéndose tener en cuenta para todos los efectos el resultado final del proceso, esto significa que al haberse escogido para efectos de esa especialización la alternativa de la escisión impropia, su resultado final no podía ser otro distinto que el surgimiento a la vida jurídica de un sujeto de derechos que tiene el carácter de beneficiario, organizado como cooperativa financiera, nuevo y completamente distinto de quienes lo constituyeron, dotado de capacidad jurídica para desarrollar válidamente las operaciones de intermediación financiera a que se refiere el artículo 27 del EOSF.

Indicó que para liquidar el valor de los derechos de inscripción el fondo tuvo en consideración la información financiera que en la base de datos aparecía reportada por la COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA, lo cual es un contrasentido, puesto que si lo que se debía tener en cuenta era el resultado final del proceso, se debe concluir que con la constitución de la nueva cooperativa financiera concluyó el proceso de escisión de aquella, por lo que la liquidación de los derechos de inscripción tendría que hacerse tomando en consideración el valor total de los activos de ésta en la fecha en que la Superintendencia Financiera autorizó su constitución.

Arguyó que el Fondo demandado desconoció de manera inexcusable que, conforme a lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto - Ley 2206 de 1998 , en concordancia con el artículo 16 de la

Resolución 003 de 2004, el valor del derecho de inscripción se debía determinar tomando en cuenta el valor de los activos totales registrados en los estados financieros de la cooperativa solicitante, en este caso de Coomeva Cooperativa Financiera.

Destacó que en el caso de las cooperativas financieras en proceso de constitución, como especie dentro del género de los establecimientos de crédito vigilados por la Superintendencia Financiera, se calculan con base en sus activos al momento de su constitución.

Advirtió que la decisión del Fondo apareja una desviación de poder, puesto que no estaba dentro del ámbito de su discrecionalidad aplicar el artículo 12 del Decreto - Ley 2206 de 1998 en concordancia con el artículo 16 de la Resolución 003 de 2004 a su mejor conveniencia, dándole a la escisión impropia de la Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia un contenido y un alcance que no le corresponde.

I.2. La contestación de la demanda.

En escrito de contestación la parte demandada propuso las siguientes excepciones:

Ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado el acto que contiene la decisión de inscripción y las condiciones o bases de liquidación de los derechos, ni el acto que culminó la actuación.

Manifiesta que en el caso expuesto a consideración debe partirse del hecho fundamental de que el proceso de inscripción de las cooperativas a FOGACOOOP se encuentra reglamentado de manera general en el Decreto Ley 2206 de 1998 y, como desarrollo de éste, en la Resolución 003 de marzo 18 de 2004, modificada por las Resoluciones 014 de 2004 y 019 de 2006, expedidas por la Junta Directiva de FOGACOOOP, dado que compete a dicho organismo de manera privativa, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Ley 2206 de 1998, impartir "las Instrucciones sobre los plazos y la forma cómo se hará la inscripción".

Indica que la comunicación remitida por parte de la Secretaría General de FOGACOOOP, con la cual informa la decisión de aprobación de inscripción tomada por parte de la Junta Directiva y la liquidación de los derechos de inscripción adjunta a aquella, no corresponden a verdaderos actos enjuiciables en la medida en que, contrario a lo afirmado en la demanda, son sólo actos de comunicación (el oficio 2007006161 1 1) y de ejecución (la cuenta), sin que en ellos se esté tomando la decisión de la administración que cree, extinga o modifique derechos al administrado, sino que tan sólo comunica y ejecuta una decisión que fue previamente adoptada por el órgano competente para ello y que no ha sido demandada.

En esa medida, precisa que la demanda debió recaer sobre la verdadera decisión del asunto y no sobre actos de mera comunicación y ejecución, en los que se enmarca la

comunicación 2007006161 1 1 del 21 de septiembre de 2007 y la cuenta de cobro anexa a ésta, pues éstas dieron impulso y ejecución al procedimiento, conduciéndolo al perfeccionamiento de la inscripción aprobada previamente por la Junta Directiva en sus aspectos administrativos (la inscripción misma) y económicos (la liquidación de derechos).

Anota que los actos demandados no son susceptibles de control jurisdiccional y sobre los mismos no podría recaer una decisión de fondo, sin haber involucrado el acto contentivo de la decisión propiamente dicha.

El cobro realizado se ajustó a las normas vigentes que lo regulan. Presunción de legalidad de la Resolución 003 de 2004.

Expone que debe considerar que la liquidación de los derechos de inscripción practicada a Coomeva obedece a criterios expresos y claros señalados por la ley, por lo que el artículo 11, inciso final, del Decreto Ley 2206 de 1998 dispone que "La Junta Directiva del Fondo impartirá las instrucciones sobre los plazos y la forma cómo se hará la inscripción".

Por su parte, recuerda que el artículo 12 ibídem prevé que los derechos de inscripción que deben pagar las cooperativas "serán fijados por la Junta Directiva" de FOGACCOOP y que el valor de los derechos de inscripción

será determinado tomando en cuenta, entre otros criterios, el valor de los activos del total de las cooperativas que deben inscribirse, así como los activos de la cooperativa solicitante.

A su turno, dice que el numeral 9 del artículo 16 del mismo decreto, prescribe que es función de la Junta Directiva de FOGACOOB fijar el monto de los derechos de Inscripción.

Así las cosas, concluye que la forma de financiación del sistema de aseguramiento de los ahorradores y depositantes del sector financiero cooperativo previsto en el Decreto Ley 2206 de 1998 involucra una participación equitativa.

Asevera que por lo anterior, en virtud de las competencias legales reseñadas y a partir del criterio consagrado en la ley para la determinación de los derechos de inscripción, la Junta Directiva de FOGACOOB reglamentó de manera general la inscripción y el cálculo y pago de los derechos a través de la Resolución 003 de 2004, en la cual se fijan pautas aplicables por igual a todas las cooperativas, que la demandante pretende desconocer para que se le apliquen, en su lugar, reglas inventadas por ella misma para su exclusivo beneficio.

Observa que el simple contraste entre la decisión de la Junta Directiva en cuanto a las condiciones para el

cálculo de los derechos de inscripción, la liquidación de éstos y lo establecido en el artículo 16 de la Resolución 003 de 2004 determina que la liquidación de tales derechos de inscripción no surgió de una actuación caprichosa y arbitraria de FOGACOO sino, por el contrario, de la sujeción del mismo integralmente a la norma aplicable, como quiera que se tomó la información financiera al corte previsto en la norma.

Por el contrario, comenta que del simple cotejo también de las alegaciones que se presentan en la demanda con el texto literal del artículo 16 de la Resolución 003 de 2004, se evidencia que la actora pretende que se tuvieran en cuenta bases inexistentes en la reglamentación general del tema (balance inicial, cuando ni había remitido información de corte trimestral ni, como se verá más adelante, siquiera ejercía la actividad financiera) y, por ende, que se diera un tratamiento de excepción y favor, apartado de la legalidad vigente, en perjuicio de los recursos públicos.

A partir de esta conclusión, destaca un aspecto de singular importancia en el caso bajo análisis: la presunción de legalidad de la Resolución 003 de 2004.

Manifiesta que dicho acto administrativo, con fundamento en el cual se aprobó la inscripción de Coomeva Cooperativa Financiera y se determinaron las condiciones y bases de la liquidación de derechos, en la decisión de

la Junta Directiva adoptada en sesión del 21 de septiembre de 2007, goza de presunción de legalidad, atributo sustancial de los actos administrativos, lo que los hace obligatorios mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción competente.

Así las cosas, recalca que el examen de legalidad que se hiciera de la actuación atinente a la inscripción y definición de derechos de inscripción no puede apartarse de las reglas específicas trazadas en la Resolución 003 de 2004, como acto administrativo general, el cual se encuentra vigente, no ha sido demandado y goza de presunción de legalidad.

Excepciones genéricas.

Finalmente y al tenor de lo establecido en el artículo 306 del C.P.C., solicita que todo hecho que resulte probado durante el proceso y que constituya una excepción, y en esa medida, defensa para la parte demandada frente a las pretensiones propuestas, sea reconocida oficiosamente en la sentencia.

II: LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las excepciones planteadas por considerar que (i) no se presentaba la ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto "(...)a pesar de que se incurrió en un error de técnica al momento de elaborar la demanda, lo que pretende la

parte actora es demandar la decisión tomada por la Junta Directiva del FOGACOOB el 21 de septiembre de 2007, por medio de la cual se liquidaron los derechos de inscripción de Coomeva Cooperativa Financiera, y por tanto se entenderá demandada esta decisión y (ii) la legalidad de la actuación se refería al estudio de fondo del asunto y no constituía verdadero medio que impidiera tomar dicha decisión, por lo cual no estaba llamada a prosperar.

A continuación, el Tribunal consideró que como consecuencia de la escisión impropia se constituyó una cooperativa nueva con el nombre de Coomeva Cooperativa Financiera, cuyo capital sería de \$120.000.000.000 millones con varios asociados fundadores, uno de los cuales, más no el único fue la entidad Cooperativa Multiactiva Coomeva, razón por la cual no se podría tener en cuenta los activos de ésta para la determinación del valor de la inscripción.

De igual forma, advirtió el a-quo que, de acuerdo con los artículos 12 y 16 de la Resolución 003 de 2004, el valor de los derechos de inscripción se debía determinar teniendo en cuenta el valor de los activos de la cooperativa solicitante y no de alguna de las socias fundadoras.

Ahora, si bien es cierto que en este caso se creó la cooperativa financiera como consecuencia de un proceso de especialización, lo cierto es que de acuerdo con las normas transcritas estas cooperativas deben inscribirse, por lo que el hecho de que sean o no consecuencia de especialización de la actividad no incide en la obligación de la inscripción.

En este contexto, consideró el Tribunal que FOGACCOOP debió cobrar el valor de la inscripción con base en los activos totales de la nueva Cooperativa Financiera que era la solicitante, y si por ser una cooperativa nueva el Fondo no tenía el último registro trimestral, debió hacerlo con los activos totales que tenía en el momento de la solicitud o de la constitución.

En vista de lo anterior, consideró que este cargo está llamado a prosperar, y en consecuencia declara nulidad del acto demandado.

En cuanto a la pretensión relacionada con que se declarara la nulidad de la Cuenta de Cobro No. FOG252 de septiembre 21 de 2007, precisó que al no tratarse de un acto administrativo que decidiera de fondo, sino que es de ejecución, no es un acto demandable ante esta jurisdicción y por tanto la Sala se inhibió de pronunciarse al respecto.

Finalmente, como restablecimiento del derecho, se ordenó al FOGACCOOP que reliquidara el valor de los derechos de inscripción a cargo de Coomeva Cooperativa Financiera, teniendo en cuenta para ello los estados financieros del momento de su constitución, y en consecuencia le restituya el mayor valor cobrado, debidamente actualizado.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

FOGACCOOP presentó recurso de apelación contra el fallo de con base en los siguientes argumentos:

3.1.- Ineptitud sustantiva de la demanda. Deber de dictar fallo inhibitorio. Fallo *extra petita*, Principio de congruencia y justicia rogada.

Indica que la parte demandante solicitó claramente la nulidad del oficio de 21 de septiembre de 2007 radicado con el No. 2007006161-11 y como consecuencia de lo anterior declarar la nulidad de la cuenta de cobro No. FOG252 de 21 de septiembre de 2007.

Advirtió que el Tribunal comprendió claramente el objeto de la demanda y el concepto de la violación cuando en la parte considerativa de la sentencia estableció:

"Se controvierte por la parte demandante en este proceso, la legalidad del oficio con número de radicación 2007006161 de septiembre 21 de 2007 proferido por el Secretario general del FOGACOOOP por medio del cual se informó que en la sesión del 21 de septiembre de 2007, la Junta Directiva de ese Fondo aprobó la inscripción de Coomeva Cooperativa Financiera."

No obstante, a juicio del recurrente, el Tribunal subsana la demanda y declara la nulidad del Acta No. 117 de septiembre 21 de 2007, por medio de la cual se liquidaron los derechos de inscripción, que no fue demandada.

Lo anterior vulnera claramente el precedente judicial fijado por el Consejo de Estado respecto de la improcedencia de fallos *extra petita* en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señaló que respecto al alcance jurídico del principio de congruencia de la sentencia, como la referencia entre los solicitado por el demandante y lo concedido por el juez, y su relación con el principio de justicia rogada, que entiende la pretensión de la demanda como el límite de la decisión judicial, el Consejo de Estado se ha pronunciado expresando en síntesis que el libelo que contenga el concepto de la violación constituye el límite que no puede traspasar el juzgador, sobre todo porque en este campo la justicia es rogada por lo cual la contienda no puede desatarse sino dentro de las pautas fijadas en el libelo incoativo del proceso.

Manifestó que la justicia contencioso administrativa es rogada por lo cual el concepto de la violación constituye el parámetro dentro del cual debe realizarse el análisis por parte del juzgador, a quien no es dable pronunciarse sobre cuestiones que no fueron expuestas por el actor en la demanda, su adición o corrección.

En consecuencia, el Tribunal al subsanar oficiosamente la demanda y decidir sobre la legalidad de actos que no fueron demandados, excedió sus facultades por lo cual el fallo debe ser revocado.

Indicó que al no demandarse el acto administrativo que contiene la decisión de la administración, esto es, el Acta 117 de 21 de septiembre de 2007, proferida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías, se configura la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, que el Tribunal debió declarar, e inhibirse de fallar las pretensiones de la misma.

La demanda no se dirigió contra el Acta 117 de 21 de septiembre de 2007, proferida por la Junta Directiva de FOGACOOOP sino contra el oficio mediante el cual se informa sobre la decisión adoptada que consta en la citada acta, y contra el acto de ejecución de esa decisión, cuenta de cobro No. FOG 252, los cuales no pasan de ser actos de trámite y ejecución que no son pasibles de control jurisdiccional.

3.2.- Deficiencia en la valoración del material probatorio aportado por FOGACOOOP. Improcedencia de las pretensiones de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA.

El Tribunal no consideró los argumentos expuestos por FOGACOOOP en la contestación de la demanda, omitiendo considerar los antecedentes fácticos del caso y, en particular, la normatividad especial aplicable a la inscripción de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA a FOGACOOOP.

Explicó que unos derechos de inscripción de doscientos cuarenta millones como pretende la demandante corresponden a cooperativas cuyo monto de activos administrados no superen los ciento veinte mil millones, cosa que no ocurre en el caso de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA, a la cual, en el proceso de escisión le fueron transferidos depósitos por valor de \$456.823.900.487 y cartera de créditos por valor de \$1.055.261.221.989 que la Cooperativa Médica del Valle y de Profesionales de Colombia registró a corte de septiembre de 2007, quedando las cuentas representativas de depósitos y cartera en saldos de \$0.

Indicó que como puede verse en el Balance de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA (i) en la cuenta 14 CARTERA CRÉDITO

OPERAC.LE se observa un incremento a un saldo total acumulado a octubre de 2007 de \$1.162.187.128.752,91, cifra que involucra el valor de \$1.055.261.221.989,30 transferidos por COOMEVA COOPERATIVA MULTIACTIVA por concepto de la cesión de cartera de su sección de ahorro y crédito; y (ii) en la cuenta DEPÓSITOS Y EXIGIBILIDADES se registra un incremento del total acumulado de \$456.823.900.478,30 por concepto de depósitos transferidos por COOMEVA COOPERATIVA MULTIACTIVA.

En consecuencia las cifras por concepto de cesión de activos y pasivos y de venta de cartera fueron las estimadas por la Supersolidaria y por FOGACCOOP, pues dicha cesión hacía parte del proceso de especialización.

3.3.- Cumplimiento del procedimiento y legalidad del Acta de la Junta Directiva.

Las tres etapas de la escisión impropia de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA, esto es, el aporte de capital inicial, la cesión de los activos y pasivos de su sección de ahorro y crédito y la venta de cartera, no fueron analizadas por el Tribunal. En consecuencia, al dejar de lado el examen de la operación como una unidad, no pudo distinguir entre lo que constituye un proceso de escisión regular para la creación de un nuevo establecimiento de crédito (esto es, para cuando la empresa segregante no debe especializar una actividad financiera que viene realizando sino que surge simplemente por voluntad de los socios o, en este caso, de los asociados, la creación de un nuevo ente para adelantar ese nuevo negocio) y el tratamiento que se impuso a una cooperativa como COOMEVA que ya venía adelantando su actividad financiera y que, por estar condicionada hasta que cumpliera todos los requisitos para

especializarse (Resolución 0591 de 2003 de la Supersolidaria), la operación de escisión tendría que involucrar la sección de ahorro y crédito, vista en un todo como unidad de negocio en cabeza de la COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA COOMEVA.

En este sentido la unidad de la operación de escisión, se encontraba integrada por diferentes fases económicas lo cual impide ver el mero aporte de capital como único elemento de la escisión, argumentos y pruebas que solicita sean analizados en la segunda instancia.

Expuso que, según el artículo 11 del Decreto Ley 2206 de 1998 la inscripción de una cooperativa ante FOGACOOOP implica no solo la presentación de una solicitud acompañada de un balance sino también un estudio sobre su viabilidad financiera según los parámetros fijados por la Junta Directiva de FOGACOOOP.

Puntualizó que quien estaba en la obligación de especializar la actividad financiera era la COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA COOMEVA y, por tanto, era ésta la que debía cumplir todos los trámites para lograr el aseguramiento de los depósitos de ahorro que se encontraba manejando, por lo que, resulta consistente con esa realidad y así lo consideró la Junta Directiva al decidir sobre el valor de los derechos de inscripción, según consta en el Acta 117 de 21 de septiembre de 2007, tomar como base la información financiera remitida por dicha cooperativa, en su condición de solicitante, teniendo en cuenta el resultado final de su proceso de especialización.

Manifestó que en cuanto al cobro de los derechos de inscripción la Resolución 003 de 2004 previó que se debe tomar como base el balance del último corte trimestral que posea el FONDO en su base de datos a la fecha de aprobación de la inscripción por la Junta Directiva, el cual no podrá tener más de 6 meses de antigüedad, que para el caso era el aportado por la COOPERATIVA MÉDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA COOMEVA, que fue el aportado por dicha cooperativa en su condición de solicitante dentro del trámite de inscripción.

El Tribunal omitió considerar en el fallo la motivación de la Junta Directiva para decidir sobre el cálculo de los derechos de inscripción como consta en el Acta 117 de 21 de septiembre de 2007.

Explicó que el balance inicial de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA no refleja el resultado del proceso de especialización de la actividad financiera por parte de la Cooperativa multiactiva, el cual no es, como señala la parte demandante, que existan 2 entidades, afirmación que desconoce las alternativas de especialización que fija el artículo 45 de la Ley 454 de 1998.

Resaltó que teniendo en cuenta la especialidad de las normas financieras el Tribunal no debía examinar aisladamente la norma comercial contenida en la Ley 222 de 1995 respecto al caso, sin considerar su contexto financiero, y el propósito de la norma financiera especial contenida en el artículo 45 de la Ley 454 de 1998, adicionada por el artículo 104 de la Ley 795 de 2003 y reglamentado por el Decreto 867 de 2003.

III- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Competencia

Según la potestad que tiene el *ad quem* para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala se limitará a conocer solamente de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

2. El caso concreto

La normativa demandada corresponde a (i) el oficio del 21 de septiembre de 2007 con número de radicación 2007006161-11, mediante el cual FOGACOO liquidó el valor de los derechos de inscripción que debía cancelar COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA a esa entidad, estableciéndolos en la suma de \$2.336.670.628.00 moneda corriente, equivalentes al 0.2% del valor de los activos totales registrados en el balance del último corte trimestral que de la COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE Y DE PROFESIONALES DE COLOMBIA "COOMEVA" reposaba en la base de datos del FONDO, los cuales, a 30 de junio de 2007 ascendían a la suma de \$1.168.335.313.00 de acuerdo con la certificación

expedida por el revisor fiscal de COOMEVA y (ii) la cuenta de cobro No. FOG252 de septiembre 21 de 2007 por valor de dos mil trescientos treinta y seis millones seiscientos setenta mil seiscientos veintiocho pesos (\$2.336.670.628) por concepto de derechos de inscripción en el FOGACOOOP.

El texto de la comunicación dirigida el 21 de septiembre de 2007 por el Secretario General de FOGACOOOP al Gerente de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA¹, es el siguiente:

REF: 2007005120 1 1

Trámite de Inscripción-Documento de cobro.

Apreciado Doctor Terreros:

De manera atenta, en mi condición de Secretario de la Junta Directiva de FOGACOOOP, me es grato informarle que, en la sesión del 21 de septiembre de 2007, la Junta Directiva de este fondo aprobó la inscripción de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA, aprobación que se impartió en las condiciones que transcribo a continuación, señalando la Junta que estas obedecen al hecho de que se trata de un proceso de especialización de una cooperativa ya existente, debiéndose tener en cuenta para todos los efectos el resultado final del proceso, el cual se adelanta en cumplimiento de las claras exigencias legales establecidas en los artículos 44 y 45 de la Ley 454 de 1998 y 104 de la Ley 795 de 2003.

-Sin Convenio.

-El perfeccionamiento de la inscripción requiere el pago total de los derechos de inscripción.

¹ Folio 171 del cuaderno principal

-La liquidación de los derechos de inscripción se efectuará teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 de la Resolución 003 de 2004. En este sentido, tales derechos corresponden al 0.2% del valor de los activos totales registrados en el balance del último corte trimestral imputables a la Financiera, esto es de 30 de junio de 2007, de acuerdo con la certificación del Revisor Fiscal remitida con comunicación del 30 de julio de 2007, radicada en el Fondo el 6 de agosto del mismo año.

-Solo una vez perfeccionada la inscripción podrá acreditarse la misma ante la Superintendencia Financiera de Colombia; en caso de no pagarse los derechos, se informará lo pertinente a dicha entidad.'

Así las cosas, COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA puede iniciar el trámite de inscripción ante el Fondo, debiendo pagar los dineros correspondientes por concepto de los derechos de inscripción indicados en la cuenta de cobro que anexo a la presente, uno de cuyos ejemplares solicito suscribir y devolver a esta entidad.

El valor de los derechos de inscripción se debe pagar dentro de los plazos establecidos en la cuenta de cobro adjunta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Resolución 003 de marzo 18 de 2004 emitida por la Junta Directiva de FOGACCOOP, sin perjuicio de que, si se quiere contar con la inscripción de una manera anticipada, se puedan pagar tales derechos de inmediato y en un solo contado. El no pago oportuno de los derechos de inscripción puede dar lugar a las consecuencias previstas en los artículos 3° y 4°, numeral 4.1, de la citada Resolución, conforme a lo previsto en el artículo 15° de la misma.

Es del caso precisar que, de conformidad con la evaluación efectuada por el Comité de Análisis Técnico para Aprobación de Inscripciones, la cooperativa cumple con los criterios de evaluación establecidos en la Resolución 003 de 2004 por lo cual no está sujeta a suscribir convenio de desempeño con el Fondo. No obstante, si del análisis de la información reportada que posteriormente realice este

organismo se encuentra que incumple con los citados criterios, se analizará en su oportunidad la necesidad y procedencia de suscribir un convenio que busque corregir las debilidades que llegue a presentar la Cooperativa, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4° de la citada Resolución.

En relación con el pago de la prima de seguro de depósitos que deberá cancelar de acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Resolución 003 de 2004, le informamos que la Gerencia Financiera ha estimado preliminarmente la prima para efectos de la programación del presupuesto de la entidad. En tal sentido, la suma a pagar trimestralmente de manera vencida ascendería, de acuerdo con el estimado, a QUINIENTOS ONCE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE (\$511.863.719.00), sin perjuicio de los ajustes a que hubiere lugar para el primer pago, el cual se liquidará proporcionalmente, desde el día en que la entidad quede inscrita al Fondo según comunicación que posteriormente le será enviada, hasta la fecha en que vence el respectivo trimestre, y para los pagos subsiguientes de acuerdo con la información de los cortes trimestrales que se tienen como base, esto es: marzo 31, junio 30, septiembre 30 y diciembre 31.

Agradezco su amable atención y quedamos atentos al cumplimiento por parte de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA del envío de uno de los ejemplares de la cuenta de cobro debidamente suscrito, así como de la realización de los pagos en la oportunidad indicada, con el objeto de culminar en el menor tiempo posible el trámite de inscripción al Fondo.

Cualquier inquietud en relación con el presente trámite de inscripción será gustosamente atendida, para lo cual se podrá comunicar con la Dra. Liliana Gómez Hernández al teléfono 6355868 Ext. 137.

En caso de tramitar alguna comunicación relacionada con el presente asunto, favor citar el número de radicación indicado en la parte superior derecha de este oficio.

Cordialmente,

HEIDER ROJAS QUESADA
Secretario General

Por su parte, la cuenta de Cobro No. FOG 252 firmada por el Secretario General de FOGACOO², es del siguiente tenor:

Señores: COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA
NIT: 900172148-3

Debe por concepto de: Derechos de inscripción a FOGACOO², en cumplimiento de la obligación legal consagrada en el Decreto 2206 de 1998 y según procedimiento establecido en la Resolución 003 de 2004, emitida por la Junta Directiva de FOGACOO², lo decidido por ésta en sesión del 21 de septiembre de 2007 y la liquidación efectuada por la Gerencia Financiera de FOGACOO².

La suma de: DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO PESOS MCTE (\$2.336.670.628.00), la cual deberá cancelarse en dos (2) contados de la siguiente forma: un contado por valor de MIL CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CATORCE PESOS M/CTE (1.168.335.314.00), en un plazo de quince (15) días hábiles siguientes fecha de la presente cuenta de cobro; y un segundo contado por un valor de MIL CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CATORCE PESOS M/CTE (1.168.335.314.00), dentro de un plazo no superior a los dos (2) meses calendario contados a partir de la fecha de la presente cuenta de cobro. En todo caso la cooperativa podrá contar con la inscripción de manera anticipada a la fecha aquí establecida si realiza en un solo contado el pago de la totalidad de los derechos de inscripción.

TOTAL A PAGAR \$2.336.670.628.00

Dichos pagos deberán efectuarse mediante consignación a nombre de FOGACOO² en cuenta de ahorros Superdiario No. 217500040-8 de Bancafé y se deberán remitir vía fax copias de las respectivas

² Folio 174 del cuaderno principal

consignaciones a la Gerencia Financiera del Fondo para su correspondiente acreditación.

La presente se expide el día 21 de septiembre de 2007

FIRMA AUTORIZADA

*HEIDER ROJAS QUESADA
Secretario General*

La Sala encuentra que el oficio demandado expedido por el Secretario General de FOGACOOOP es un acto de ejecución material de la decisión adoptada por la Junta Directiva de FOGACOOOP en la sesión del 21 de septiembre de 2007, la cual simplemente se transcribe en el acto demandado, de modo que lo demandado no es propiamente un acto administrativo pasible de control jurisdiccional, por cuanto no crea, modifica, ni extingue situación jurídica alguna, sino que es parte del desarrollo de una actuación administrativa tendiente a la inscripción de la demandante en FOGACOOOP, y por tanto simplemente le está dando cumplimiento material a una decisión de la Administración.

Como quiera que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen como objeto la nulidad de actos administrativos, atendidos los artículos 84 y 85 del C.C.A., y dado que en el presente caso el oficio que se ataca no constituye acto administrativo, sino un acto de ejecución proferido dentro de una actuación administrativa, la demanda, como lo afirma el recurrente, está viciada por ineptitud sustantiva, pues, como lo ha reiterado la jurisprudencia, los actos de ejecución no son susceptibles de control jurisdiccional, a menos que contengan una decisión nueva, que

no corresponda a lo ordenado en el acto administrativo que se pretende ejecutar.

En el presente caso no se observa que la actuación acusada no corresponda a lo ordenado la Junta Directiva de FOGACOOOP en la sesión del 21 de septiembre de 2007.

Adicionalmente, lo que se reprochó en la demanda no fue, como lo entendió el Tribunal, el acto por el cual se tomó la decisión de la Junta que determinó los derechos que debía pagar para la inscripción en el Fondo de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA, pues fue allí donde se definió el cobro de unos derechos y la base para el mismo, lo que dio lugar a la estimación que de ellos hizo la Gerencia Financiera de FOGACOOOP, limitándose el Secretario General en el acto acusado a informar al actor sobre decisiones adoptadas por los organismos competentes dentro de una actuación administrativa.

Por otra parte, en la demanda se definieron claramente los actos que se atacan, y tratándose de una justicia que, como la contencioso administrativa, es rogada, mal podía el juez, sin exceder sus funciones, entender en la sentencia que el demandado era un acto diferente, vulnerando de paso el derecho de defensa de la entidad demandada, la cual no podía entrar a establecer con propiedad la legalidad de una actuación administrativa que no había sido demandada.

En cuanto a la pretensión de que se declare la nulidad de la cuenta de cobro No. FOG252 de septiembre 21 de 2007, debe precisarse que, acoge la Sala la posición del a-quo conforme a la cual, al no tratarse de un acto administrativo que decida de fondo, sino que es de ejecución, no es un acto demandable

ante esta jurisdicción por lo cual acertadamente se inhibió de pronunciarse al respecto.

Así las cosas, colige la Sala que los argumentos que sustentaron los cargos formulados en el recurso que se resuelve, permiten quebrar el fallo emitido por el a-quo, por cuanto la acción incoada no procede contra los actos demandados, por lo que se impone, la revocatoria parcial, para en su lugar declarar la ineptitud de la demanda e inhibirse de dictar un pronunciamiento de fondo sobre ella, en lo relativo al oficio demandado, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive del presente fallo.

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

F A L L O :

PRIMERO. REVÓCANSE los numerales primero, tercero, cuarto y quinto de la providencia apelada. En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE probada la excepción de ineptitud sustancial de la demanda planteada por la parte demandada.

INHÍBESE de proferir pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad de la comunicación dirigida el 21 de septiembre de 2007 por el Secretario General de FOGACoop al Gerente de COOMEVA COOPERATIVA FINANCIERA,

por las razones expuestas en la parte motiva de esa providencia.

SEGUNDO. CONFÍRMASE el numeral segundo de la sentencia recurrida.

TERCERO: En firme esta decisión y previas las anotaciones de rigor, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELILLA MORENO