



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 068

Medio de Control	Controversia Contractual
Radicado	76-001-33-31-005-2011-00143-01
Demandante	Bio Diagnósticos Ltda.
Demandado	PAR ESE Antonio Nariño – Fiduprevisora S.A. y otros
Magistrado Ponente	Noemi Carreño Corpus

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 3º del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019 y el Acuerdo PCSJA20-11507 del 21 de febrero de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de resolver el recurso de apelación, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la providencia del 18 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de *“Inepta demanda”* por indebida escogencia de la acción, formulada por las entidades accionadas, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

(...)”

II. ANTECEDENTES

- DEMANDA

La sociedad Bio Diagnósticos LTDA., actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra la Fiduciaria La Previsora S.A. FIDUPREVISORA S.A. y Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A., con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

“1. (...) que se declare la existencia, validez, cumplimiento de los contratos y órdenes de compra que se relacionan así:

CONTRATO SAF-CBS-C1-CT-535-2008 por valor de \$72.527.652

CONTRATO SAF-CBS-C1-CT-445-2008 por valor de \$95.337.937

ORDEN DE COMPRA SAF- CBS-C2-OC-272-2008 por valor de \$11.121.024

ORDEN DE COMPRA SAF- CBS-C2-OC-374-2008 por valor de \$21.743.365

ORDEN DE COMPRA SAF- CBS-C2-OC-456-2008 por valor de \$2.901.160

ORDEN DE COMPRA SAF- CBS-C2-OC-536-2008 por valor de \$56.340.000

2. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a **LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A. Y FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A.**, entidades conforman el **CONSORCIO LIQUIDADOR** que tiene a cargo el trámite de liquidación forzosa administrativa de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ANTONIO NARIÑO**, y los señores **REYNEL FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ**, a pagar a la sociedad **BIO DIAGNÓSTICOS LTDA.** la suma de **CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS (\$168'257.890,00) Mcte.**, como saldo a capital.

3. Se condene a **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A. Y FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A.**, entidades conforman el **CONSORCIO LIQUIDADOR** que tiene a cargo el trámite de liquidación forzosa administrativa de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ANTONIO NARIÑO**, los señores **REYNEL FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ**, **NELSON RODOLFO AMAYA CORREA**, a cancelar los perjuicios ocasionados o

derivados de acto administrativo acusado, los cuales se traducen en reconocer intereses de mora sobre el capital reclamado en tiempo oportuno.

4. Se condene a **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A. Y FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A.**, entidades conforman el **CONSORCIO LIQUIDADOR** que tiene a cargo el trámite de liquidación forzosa administrativa de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ANTONIO NARIÑO**, los señores **REYNEL FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ, NELSON RODOLFO AMAYA CORREA**, a pagar los gastos, costas y agencias en derecho que genere la presente acción.
(...)"

- **HECHOS**

La parte demandante funda sus pretensiones en los hechos que se señalan a continuación:

1. Señala que Bio Diagnósticos Ltda., atendiendo la convocatoria realizada por la ESE Antonio Nariño presentó propuesta para proveer: material radioactivo, equipos de toda clase de laboratorios clínicos y otros elementos. La propuesta fue aceptada, se suscribieron, en consecuencia, contratos de venta y se dio cumplimiento a todos los requisitos para la validez del contrato e inicio de su ejecución.
2. Explica que de acuerdo con las actas de interventoría que se levantaban trimestralmente, los contratos se ejecutaron y cumplieron a cabalidad. Se entregaron los productos a satisfacción de la ESE Antonio Nariño, en razón de lo cual se generaron las facturas cambiarias de compraventa que fueron aceptadas por la contratante, quedando pendiente el pago.
3. La ESE Antonio Nariño fue intervenida por el Gobierno Nacional para efectos de su liquidación mediante el Decreto 3870 de 2008. Explica que el apoderado general del consorcio liquidador emitió la Circular APL 003-2008, en la que relacionaba las razones o glosas para rechazar el pago de créditos. De esta manera exigió el cumplimiento de requisitos adicionales a los establecidos en la ley, los cuales resultaban de imposible incumplimiento por cuanto se trataba de documentos de manejo interno de la entidad. De igual manera explica, que a pesar que la Circula APL 003-

SIGCMA

2008 generaba consecuencias jurídicas sobre contratos legalmente cumplidos y terminados, no fue notificado a los interesados.

4. Informa que Bio Diagnósticos Ltda. se hizo parte en el trámite de liquidación forzosa administrativa de la ESE Antonio Nariño, presentando prueba sumaria de la cuantía y existencia de los créditos. Al efecto acompañó los documentos que tenía en su poder que respaldaban los créditos reclamados.
5. Luego de surtido el trámite administrativo propio de las liquidaciones forzosas administrativas, fue proferida la Resolución 000069 del 26 de febrero de 2009 rechazando el crédito de la actora. Considera que tales razones no fueron motivadas, sino que se limitaron a una simple lista de un cuadro anexo, que tuvo como fundamento la Circular APL -003-2008.
6. Contra el acto que rechazó los créditos, se interpuso de manera oportuna recurso de reposición. En la decisión del recurso se levantaron algunas glosas con el correspondiente reconocimiento del valor adeudado, pero fueron valores ínfimos, manteniendo la decisión de rechazo de las grandes sumas adeudadas.
7. Explicó que la mayoría de los créditos fueron rechazados argumentando la no certificación de la prestación del servicio por parte del interventor del contrato u orden de servicio.
8. Manifiesta que a partir de esta fecha, y a pesar de haber presentado la reclamación el apoderado general del consorcio liquidador insistió en glosar algunas facturas. De esta manera desconoció que las facturas solo eran requisito exigible para el momento del pago mas no para el trámite de liquidación. Explica que la argumentación para glosar las facturas además de violar las normas y el derecho a la igualdad, se fundamenta en falacias argumentativas para retardar el pago de las obligaciones.
9. El apoderado de la parte actora sostiene que la negativa del pago de las obligaciones a cargo del consorcio liquidador violó el debido proceso, en tanto que: (i) se incurrió en error de procedimiento al exigir documentos no contemplados en la ley de contratación, (ii) no valorar que los bienes vendidos ingresaron al activo de la empresa receptora, (iii) imponer al proveedor la carga de generar documentos que se generaban al interior de la empresa deudora, (iv) extralimitación de funciones y falsa motivación.

- **FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Indicó como vulneradas las siguientes disposiciones:

Preámbulo, artículo 29, 83 y 228 de la Constitución Nacional.

Artículos 3, 28, 34 y 35 del CCA.

Artículo 85 del Código de Comercio.

Artículo 140 del C. de P.C.

Ley 80 de 1993 régimen de contratación.

Señala como infringidos los siguientes principios y derechos:

- (i) El principio constitucional de legalidad por aplicación de normas inexistentes.
- (ii) Expedición de circular posterior que se pretende aplicar como norma.
- (iii) Violación al principio constitucional de contradicción.
- (iv) Violación al principio constitucional de juez natural.
- (v) Inobservancia de las pruebas que reposan en la entidad.
- (vi) Interpretar disposiciones con el propósito de evadir el pago del pasivo a su cargo.
- (vii) Desconocer el acervo probatorio existente para persistir en la exigencia de documentos que no correspondía al acreedor aportar.
- (viii) Reconocer como válida únicamente la prueba documental para demostrar la existencia del crédito y su cuantía.
- (ix) Extralimitación de funciones del liquidador al auditar y prejuzgar contratos ejecutados.

Agrega que se vulneró el principio de la buena fe por el apoderado general del consorcio liquidador, pues amparado en una supuesta legalidad burla el pago de unas obligaciones. Esta actitud omisiva conlleva a la injusta dilación en la recuperación de los dineros de los acreedores causando una lesión a sus intereses legales y patrimoniales.

Otro de los argumentos que presenta la parte actora como fundamentación del concepto de violación es el desconocimiento de la confianza legítima. Precisa que se prestaron servicios por mas de dos años a la ESE Antonio Nariño que regularmente atendía sus obligaciones sin que para los pagos se exigieran constancias del interventor o documentos similares. Estima que el consorcio

liquidador niega los pagos cuestionando la validez, existencia o correcta ejecución del contrato estatal. Sin embargo, considera que tales glosas son improcedentes ya que el proceso concursal y universal de liquidación no es el escenario para ventilar eventuales controversias sobre un contrato culminado y cumplido.

fundamentos de derecho en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, señalando de manera subsidiaria la Actio In Rem Verso, señalando que ello es así en el entendido que la situación fáctica descrita perfectamente hace viable tal acción, citando al efecto apartes de la sentencia proferida por el Consejo de Estado - Sección Tercera - del 17 de Marzo de 2010.

- CONTESTACIÓN

PAR ESE ANTONIO NARIÑO – ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

El apoderado judicial de la Alianza Fiduciaria S.A. que actúa como vocera del PAR ESE ANTONIO NARIÑO allegó oportuna contestación de la demanda. Sobre los hechos manifestó que no son ciertos el primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, octavo y décimo. En relación con los demás hechos expuestos indicó que no le constan.

Como excepciones de fondo propuso las siguientes:

- (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto Fidualianza no es representante legal de la ESE Antonio Nariño liquidada, solo actúa como vocera del PAR Antonio Nariño.
- (ii) Inepta demanda, ya que a partir de los hechos se evidencia que la pretensión es la de controvertir la decisión adoptada por el liquidador en la Resolución No- 069 de 2009. Explicó que los actos del liquidador relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos son actos administrativos cuyo control corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.
- (iii) Ausencia de nexo causal entre los hechos de la demanda y la demandada Alianza Fiduciaria S.A.

SIGCMA

- (iv) Caducidad, la cual se configuró al haber presentado la demanda por fuera de los términos establecidos para la nulidad y restablecimiento del derecho ya que los actos demandados no son de naturaleza contractual. Explica que los actos administrativos por medio de los cuales se califican los créditos reclamados en desarrollo del proceso liquidatorio se controlan a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Para ello la ley otorga un término de cuatro (4) meses de manera que en caso de presentarse por fuera de ese término debe considerarse caducada la acción.
- (v) Caducidad de la acción contractual, la cual considera configurada en el caso que se estimara procedente la acción contractual. Explica que el Decreto 3870 del 03 de octubre de 2008 ordenó la supresión y la liquidación de la ESE Antonio Nariño y prohibió que continuara desarrollando su objeto social. La reclamación del cumplimiento del contrato en el año 2011 está por fuera del término legal, que en el caso concreto debió presentarse a más tardar el 02 de octubre de 2010, esto es, dos años después de ordenada la liquidación.

FIDUAGRARIA S.A.

La Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A. – en su calidad de integrante del consorcio liquidador de la Empresa Social del Estado Antonio Nariño contestó oportunamente la demanda. Sobre las pretensiones de la demanda manifestó su oposición a que sean declaradas señalando esencialmente que existe prohibición legal de que un fiduciario responda con sus propios recursos. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan.

En las razones de defensa expone que el vínculo judicial de Fiduararia S.A. con la ESE Antonio Nariño En Liquidación tiene origen en el hecho de haber servido como liquidadora y servir de instrumento para la realización de las gestiones propias de la liquidación de conformidad con lo establecido en el Decreto 3870 de 2008. Explica que Fiduararia no tiene porqué asumir las obligaciones a cargo de la entidad liquidada. También cita la normatividad relacionada con los contratos de fiducia mercantil en relación con la definición de fiducia mercantil, la separación de bienes fideicomitidos y la separación patrimonial de los fondos recibidos en

fideicomiso. Concluye señalando que Fiduagraria no ostenta la calidad de sucesor, cesionario o subrogatorio de las obligaciones de la extinta entidad ESE Antonio Nariño.

Propuso las siguientes excepciones:

- (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva, señalando que el proceso de liquidación culminó el 30 de septiembre de 2011. Precisa que para la fecha de la notificación de la actuación contractual Fiduagraria ya no tenía la condición de liquidadora de la ESE Antonio Nariño. Agrega que Fiduagraria tampoco ostentó la calidad de contratante en los contratos cuyo cumplimiento se pretende.
- (ii) Caducidad, teniendo en cuenta que los hechos que dieron origen a la acción ocurrieron en el año 2009 y la demanda se presentó 6 años después.
- (iii) Inexistencia de vínculo contractual entre la parte demandante y la demandada Fiduagraria S.A.
Sustenta esta excepción señalando que la liquidación de la ESE Antonio Nariño terminó el 30 de septiembre de 2011, de una parte, y de otra, Fiduagraria no tiene ningún tipo de relación con la parte demandante.
- (iv) Inexistencia de las obligaciones demandadas, dado que la sociedad fiduciaria es ajena a las relaciones jurídicas de carácter sustancial y/o procesal que hayan dado origen a los vínculos de carácter contractual como el que existió entre la ESE Antonio Nariño y la demandante.
- (v) Prohibición legal de que el fiduciario responda con recursos propios por las obligaciones a cargo de los fideicomisos que administra y/o de los fideicomitentes respectivos.
Manifiesta que en caso que procediera una condena Fiduagraria no puede ser el extremo pasivo del proceso judicial y por ende no está llamada a satisfacer las pretensiones exigidas por la parte demandante.
- (vi) Buena fe.
- (vii) Caducidad.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

La entidad dio oportuna contestación¹ a la demanda señalando su oposición a las pretensiones de la demanda debido a que el rechazo de las reclamaciones presentadas tiene su sustento fáctico y jurídico expuesto en los actos administrativos contenidos en las resoluciones RCA 069 y 403 de 2009.

Propuso las siguientes excepciones:

- (i) Inepta demanda: para sustentar esta excepción explica que a la luz de dispuesto por el artículo 7 del Decreto ley 254 de 2000 – modificado por el artículo 7 de la Ley 1105 de 2006 – en concordancia con el artículo 6 del Decreto 3870 de 2008, los actos del liquidador relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y en general, los que por su naturaleza constituyan funciones administrativas constituyen actos administrativos. Estos actos administrativos gozan de presunción de legalidad y su control se hace por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Señala que mediante las resoluciones Nos. 069 y 403 de 2009 fueron rechazadas las acreencias del actor, actos administrativos que no fueron demandados y que por lo tanto gozan de la presunción de legalidad. Reafirma su tesis indicando que la acción procedente no es la contractual sino que debió iniciarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuyo término de caducidad es de cuatro (4) meses. La indebida escogencia de la acción conlleva a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que es la única que puede ser adelantada para determinar la legalidad o no de los actos administrativos expedidos por el liquidador relacionados con la aceptación, rechazo y pago de acreencias en el proceso liquidatorio.
- (ii) Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sustenta esta excepción afirmando que es palmario que el demandante en la exposición de los hechos reprocha todo el procedimiento pero en su pretensión para ocultar la caducidad mezcla los actos de ejecución de los contratos relacionados con la administración de la ESE Antonio Nariño. Expresa que los reproches se centran en las decisiones contenidas en las resoluciones RAC 069 de 2009 y RP 403 del 27 de mayo de 2009, actos que calificaron los créditos no reclamados y que son de naturaleza no contractual.

¹ Ver folios 802 a 811 del cuaderno No. 1A

- (iii) Caducidad frente a la acción contractual. Señala que de ser procedente la acción contractual también ocurrió la caducidad para la oportuna presentación de la demanda ya que el término de los dos (2) años debe contarse luego de acontecido el hecho generador, es decir, la orden de liquidación de la entidad demandada.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali profirió sentencia el dieciocho (18) de junio de dos mil dieciocho (2018)², mediante la cual declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y denegó las pretensiones de la demanda.

La parte demandante, oportunamente, interpuso recurso de apelación³, el cual fue concedido mediante Auto No.680 del 27 de agosto de 2018⁴ y, a su vez, admitido por medio de Auto No.231 del 20 de septiembre de 2018⁵ proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Una vez corrido el traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, se constata que la parte demandante⁶, el Ministerio de Salud⁷, Fiduagraria S.A.⁸ y Fiduprevisora S.A.⁹ presentaron sus alegatos de conclusión.

En cumplimiento a lo ordenado en el Acuerdo No PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019, por el Consejo Superior de la Judicatura, se remitió el presente proceso al H. Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para proferir la sentencia correspondiente.

² Ver folios 994 a 999, cuaderno No. 6

³ Ver folios 1000 a 1003 ibídem

⁴ Ver folio 1006 ibídem

⁵ Visible a folio 1009 del cuaderno No. 6

⁶ Folio 1015 a 1020 ibídem

⁷ Folio 1012 a 1014 ibídem

⁸ Folios 1021 a 1023 ibídem

⁹ Folio 1025 a 1027 ibídem

Mediante auto del 02 de julio de 2019 se avocó conocimiento del proceso¹⁰.

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali profirió sentencia el dieciocho (18) de junio de dos mil dieciocho (2018)¹¹, mediante la cual declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y deniega las pretensiones de la demanda.

El juez de primera instancia consideró que a pesar de la pretensión de declaratoria de existencia de los contratos y órdenes de compra y su incumplimiento por parte de la entidad demandada, lo que en realidad subyace es la inconformidad de la parte actora con la decisión administrativa adoptada por el agente liquidador. Estas decisiones rechazaron de manera parcial la reclamación presentada por la sociedad demandante dentro del proceso liquidatorio de la ESE Antonio Nariño. Al no tratarse de una controversia contractual estima que la parte actora erró en la escogencia de la acción. Para refrendar esta tesis, el juez cita sentencia del Consejo de Estado en la que se indica que el criterio útil en la determinación de la acción de reparación de daños estriba en el origen de los mismos. Así pues, si la causa del perjuicio la constituye un acto considerado ilegal se debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Concluye indicando que el acto del liquidador no es un acto administrativo contractual y por lo tanto la acción que debió impetrarse era la de nulidad y restablecimiento del derecho.

- RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando revocar la sentencia de primer grado y en su lugar acoger las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de la apelación indica en primer lugar que su representada acudió de buena fe al proceso licitatorio convocado por la ESE Antonio Nariño, presentando una propuesta que fue aceptada, se suscribieron los contratos y, en general, se dio cumplimiento a todos los requisitos de validez de los contratos.

¹⁰ Ver folio 1042 del cuaderno No. 6

¹¹ Ver folios 994 a 999 del cuaderno No. 6

Luego de cumplidos los contratos sobrevino la liquidación de la ESE Antonio Nariño en cuyo trámite se formularon oportunamente las reclamaciones por la parte actora, las cuales fueron rechazadas haciendo reparos a los contratos y a las órdenes de compra. En razón de lo anterior, considera que la acción procedente es la de controversias contractuales y no la de nulidad y restablecimiento del derecho. Y también explica los motivos para la formulación de las pretensiones de declaratoria de existencia, validez y cumplimiento de los contratos. Finaliza alegando que los reparos a los contratos fueron formulados por el agente liquidador que adoptó decisiones ilegales y es su conducta lo que se debate.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ministerio de Salud y Protección Social¹²

El apoderado explica que los perjuicios reclamados por el actor tienen su causa en un acto que negó el reconocimiento de unas acreencias, por lo que el interesado no puede escoger a su arbitrio la acción para solicitar el restablecimiento de su derecho. Explica que en sede administrativa, la parte actora atacó las decisiones del liquidador pero dejó pasar el tiempo para discutir su legalidad ante los jueces y so pretexto de tratarse de temas contractuales pretendió beneficiarse de los términos de caducidad de la acción contractual porque estaban vencidos los de nulidad y restablecimiento del derecho. Sostiene que la decisión del liquidador de rechazar el crédito presentado debió discutirse por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de manera que omitida la acción procedente se demuestra la excepción de indebida escogencia de la acción.

Parte demandante¹³

En los alegatos de conclusión reitera la solicitud de revocatoria de la sentencia, insistiendo que los reparos para negar los pagos de las acreencias de su poderdante van referidos a los contratos u órdenes de compra y no a los documentos presentados en el trámite de la liquidación. En razón de ello, la acción a ejercer es la de controversias contractuales. Alega que los perjuicios de la parte

¹² Ver folios 1012 a 104 del cuaderno No. 6

¹³ Folios 1015 a 1020 ibídem

actora no tienen origen en un acto administrativo sino en el capricho del liquidado por no pagar los créditos oportunamente presentados. Agrega que la competencia legal para expedir los actos era del consorcio liquidador y no del señor Reynel Fernando Bedoya. Para ilustrar el argumento planteado, cita apartes de la sentencia proferida por el Consejo de Estado con el radicado No. 05001-23-31-000-2008-00306-01 en la cual se decretó la nulidad de las resoluciones No. ROA 029-07 del 21 de agosto de 2009 y la No. 056-07 del 26 de octubre de 2007 proferidas por el apoderado general de Fiduprevisora S.A., señor Reynel Fernando Bedoya Rodríguez. Explica que sobre la incompetencia del apoderado general de Fiduprevisora han sido expedidas otras sentencias por el Consejo de Estado, en las cuales se sostiene que el consorcio liquidador no podía delegar las funciones de la liquidación. A partir de esta conclusión manifiesta que el liquidador Reynel F. Bedoya no podía expedir actos administrativos de manera que los emitidos en contra de Biodiagnósticos SAS nunca nacieron a la vida jurídica ni tienen presunción de legalidad.

Concluye indicando que no se puede sacrificar la norma sustancial por meras formalidades si quien presuntamente expidió los actos carecía de competencia funcional.

Fiduagraria S.A.¹⁴.

Esta entidad fiduciaria reitera su tesis en el sentido que carece de competencia y legitimación para la atención de las reclamaciones del demandante. Señala que no existe ningún fundamento jurídico a partir del cual se pueda afirmar que Fiduagraria deba asumir responsabilidades que le hubieran podido corresponder a la ESE Antonio Nariño.

Fiduprevisora S.A.¹⁵

En la sustentación de los alegatos de conclusión se refirió a la naturaleza jurídica de la ESE Antonio Nariño y las decisiones tomadas por el gobierno nacional para su liquidación. El Decreto 3870 de 2008 ordenó la supresión y liquidación de la mencionada ESE incluyendo entre sus disposiciones lo relativo al régimen de la

¹⁴ Folios 1021 a 1023 cuaderno No. 6

¹⁵ Ver folios de 1025 a 1027 Cdo. 6

liquidación y de los actos del liquidador. Sobre estos últimos, el artículo 6º del decreto especificado dispone que los actos del liquidador relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos constituyen actos administrativos que serán objeto de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Fiduprevisora S.A. indica que la liquidación de la extinta ESE Antonio Nariño se hizo conforme a las normas legales existentes y con el lleno de los requisitos exigidos en los procesos liquidatorios. También llega la existencia de cualquier tipo de solidaridad entre la extinta empresa social del Estado y Fiduprevisora S.A., por lo que es improcedente la acción en la que se vincula a su representada.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto.

IV. CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, es competente en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 3º del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019 y el Acuerdo PCSJA20-11507 del 21 de febrero de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 41.

- PROBLEMA JURIDICO

Corresponde a la Sala determinar cuál es el medio de control procedente para discutir las decisiones proferidas por el liquidador de una entidad mediante las cuales rechaza unos créditos. Ello implica establecer si en el caso concreto la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho como lo concluyó el juez en la sentencia o, si el asunto debía tramitarse mediante el medio de control de controversias contractuales como lo sostiene la parte actora en la apelación.

- TESIS

Esta Corporación confirmará la sentencia apelada ya que los actos que profieren los liquidadores relativos con la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos son actos administrativos que son objeto de control judicial mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El punto de partida en el estudio y delimitación del marco normativo y jurisprudencial radica en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984 – que disponen:

ARTICULO 84. ACCION DE NULIDAD. <Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

ARTICULO 85. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. <Subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le

modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.

El Decreto Ley 254 de 2000 que establece el régimen para la liquidación de las entidades públicas, dispone en el artículo 7º:

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

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

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

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

El liquidador podrá revocar directamente los actos administrativos en los términos del Código Contencioso Administrativo y demás normas legales.

Sobre la escogencia de la acción a presentar por el interesado, el Consejo de Estado¹⁶ ha sostenido en múltiples ocasiones:

15. La Sala ha señalado en repetidas oportunidades que “la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional (...) De manera que si el daño procede o se deriva directamente de un acto administrativo que se considera ilegal, éste deberá demandarse en ejercicio de la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, consagradas respectivamente en los artículos 84 y 85 del C.C.A. (...)

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01481-01(27088) 29 de julio de 2013.

Ahora bien, con independencia de la acción que se invoque en la demanda, la Sala ha indicado que es deber del juez, al momento de establecer si ésta reúne los requisitos para su admisión, “analizar e interpretar su texto de ser necesario, con el fin de desentrañar la voluntad de los demandantes y deducir de allí la norma aplicable”.

Los anteriores elementos normativos y jurisprudenciales son el fundamento para la resolución del caso en concreto.

- CASO CONCRETO

En el presente caso el juez de primera instancia consideró demostrada la excepción de ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción. Esta excepción fue alegada por las entidades demandadas quienes alegaron que el asunto jurídico planteado debía surtirse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de controversias contractuales, medio de control presentado por la parte actora.

Hechos jurídicamente relevantes debidamente demostrados

En el proceso fueron demostrados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

1. Mediante el Decreto 3870 de 2008¹⁷ el Gobierno Nacional dispuso la disolución y liquidación de la Empresa Social del Estado Antonio Nariño. Se fijó un plazo de dos (2) años para llevar a cabo la liquidación, el cual podría ser prorrogado. El artículo 2º del decreto determinó que el régimen de liquidación sería de conformidad con las disposiciones del Decreto-Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006.
2. El plazo de la liquidación de la ESE Antonio Nariño fue prorrogado sucesivamente mediante los Decretos 3671 del 04 de octubre de 2010, 4487 del 30 de noviembre de 2010, 4814 del 29 de diciembre de 2010, 969 del 31 de marzo de 2011, 2310 del 30 de junio de 2011 y 2572 del 04 de agosto de 2011¹⁸.

¹⁷ Ver folios 551 a 587 del cuaderno No. 1A

¹⁸ Ver folios 561 a 581 del cuaderno No. 1A

SIGCMA

3. El liquidador profirió la Resolución No. 000069 del 26 de febrero de 2009, *“por medio de la cual se decide sobre las reclamaciones que se fundamentan contratos de naturaleza administrativa, cuentas por servicios de salud, servicios públicos, reintegros, créditos a favor de terceros (libranzas), reparación por daños morales y materiales, presentadas oportunamente al proceso liquidatorio de la ESE ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN”*, suscrita por el apoderado general del consorcio liquidador de la ESE Antonio Nariño en Liquidación. En este acto administrativo el liquidador rechazó los créditos presentados por Biodiagnósticos Ltda.
4. Al resultar desfavorable la decisión contenida en el acto mencionado, la sociedad Biodiagnósticos Ltda. interpuso recurso de reposición. El recurso en sede administrativa fue decidido mediante la Resolución No. 276 de mayo de 2009, en la cual revocó una de las glosas confirmando el rechazo de todas las demás acreencias.
5. Los anteriores actos administrativos no fueron demandados por la parte actora.

Definidos los hechos jurídicamente relevantes encuentra la Sala que el origen del perjuicio alegado por la parte demandante radica precisamente en los actos administrativos por medio de los cuales el liquidador de la ESE Antonio Nariño rechazó los créditos presentados por Biodiagnósticos Ltda. En la demanda se hacen graves reparos a las decisiones proferidas por el liquidador por el rechazo de las acreencias que a juicio de la actora estaban acompañadas de documentación suficiente para haber sido admitidas y ordenado su pago. Sin embargo, ninguna de las pretensiones se encamina a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos indicados y como consecuencia de ello al restablecimiento de los derechos ya que las pretensiones son explícitas en el sentido que se *“(...) declare la existencia, validez y cumplimiento de los contratos y órdenes de compra (...)”*.

La escogencia del medio de control no depende de la discrecionalidad del demandante sino del origen del daño alegado lo que a su vez determina la formulación de las pretensiones y la oportunidad para su reclamación por la vía jurisdiccional. En el caso concreto es insoslayable que los perjuicios alegados derivan de las resoluciones Nos. 000069 y 276 de 2009, de los cuales evidentemente se cuestiona su legalidad, no obstante la acción propuesta y las

SIGCMA

pretensiones formuladas corresponden a la de controversias contractuales. Adicionalmente, la indebida escogencia de la acción también comprometió la oportunidad en la presentación de la demanda.

Los argumentos del apelante no son precisos en formular oposición a las consideraciones del juez para declarar probada la excepción de ineptitud de la demanda. Se limita esencialmente a efectuar transcripciones y a reiterar los argumentos expuestos en la demanda para insistir que las decisiones administrativas desconocieron la existencia y validez de unos contratos y órdenes de compra que fueron suscritos y ejecutados de conformidad con las normas legales. Sin embargo, observa la Sala que en los alegatos de conclusión la parte actora transcribe apartes de una sentencia del Consejo de Estado en la que se decreta la nulidad de actos proferidos por el liquidador de la ESE Rafael Uribe Uribe. A partir de esta cita la parte actora formula nuevos argumentos para que sean tenidos en cuenta en la apelación, los cuales están relacionados con la falta de competencia del liquidador designado por la sociedad fiduciaria para proferir los actos de aceptación, calificación, rechazo o prelación de los créditos, conforme a lo concluido por el Consejo de Estado en la sentencia indicada.

En relación con estos argumentos la Sala debe indicar que no pueden ser acogidos por las razones que se señalan a continuación: en primer lugar, el proceso citado se tramitó mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por ello el Consejo de Estado decretó la nulidad de los actos administrativos demandados. Esta es una diferencia notable que permite reafirmar la tesis que la acción fue indebidamente escogida. Siendo muy pertinente el análisis del Consejo de Estado, para el caso concreto no es aplicable dado que se están resolviendo dos problemas jurídicos diferentes. En el caso concreto el problema jurídico está delimitado por la determinación de la acción procedente para demandar los actos del liquidador. Mientras que en el asunto que resolvió el Consejo de Estado se determinó si los argumentos nuevos expuestos en la demanda configuraban un indebido agotamiento de la vía gubernativa como lo había alegado la parte demandada. El Consejo de Estado concluyó que es viable presentar argumentos nuevos o mejores argumentos que los planteados en la vía gubernativa sin que ello configure un indebido agotamiento de la vía gubernativa. Pero como ya se señaló, este asunto es diferente al que la Sala debe resolver ya que en el caso concreto no se trata de argumentos nuevos presentados en sede jurisdiccional sino de nuevas pretensiones que de ninguna

SIGCMA

manera pueden ser acogidas. La parte actora, siguiendo la razón de la decisión del Consejo de Estado, afirma que el liquidador Reynel Fernando Bedoya R. carecía de competencia funcional para expedir los actos administrativos. En consecuencia tales actos nunca nacieron a la vida jurídica y no tienen presunción de legalidad y por ello, pide que se revoque la sentencia acogiendo las súplicas de la demanda “o de manera subsidiaria que sea **FIDUPREVISORA S.A. y/o FIDUAGRARIA S.A.** quien expida las decisiones a que haya lugar respecto a la reclamación presentada (...)”.

Como se observa en los argumentos de conclusión de la parte actora el origen de los perjuicios son unos actos administrativos que no fueron llevados a un juicio de legalidad. Ello impide que tardíamente se trate de argumentar que no puede sacrificarse la norma sustancial por meros formalismos o que no fallar de fondo es una negación de justicia, como se sostiene en los alegatos conclusivos. Lo cierto es que el medio procesal escogido no fue el idóneo para resolver la controversia. Pero, si en gracia de discusión, se obviara ese aspecto, que no mero formalismo, lo cierto es que la parte actora nunca pidió la nulidad de los actos que son la verdadera causa de los perjuicios que afirma estar padeciendo. Esta es una realidad procesal que no puede ser modificada en sede de la apelación como se puede vislumbrar a partir de los alegatos de cierre propuestos por la parte actora. De esta manera, independientemente de que se hubiera propuesto la acción de controversias contractuales, es evidente que no hay pretensión de nulidad de acto administrativo alguno.

La parte actora no trajo al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo el estudio de legalidad de los actos administrativos que rechazaron las acreencias presentadas en el curso del proceso de liquidación de la ESE Antonio Nariño. La existencia de tales actos, amparados por la presunción de legalidad, es lo que impide el pago de lo que presuntamente adeudaba la empresa social del estado ya mencionada y no el desconocimiento de un contrato legalmente ejecutado como lo sostiene la parte demandante. La determinación clara del origen del daño es el punto relevante para la escogencia de la acción conforme a las normas procesales que son de orden público y cuyo cumplimiento no puede ser descalificado como un mero formalismo en detrimento de derechos sustanciales. Por ello se insiste, que independientemente del medio de control escogido, la virtud pasiva del juez impone que solo pueda pronunciarse sobre los asuntos que se sometan a su conocimiento. En este caso, no se solicitó el estudio

SIGCMA

de legalidad de los actos que rechazaron el reconocimiento de las acreencias presentadas por Biodiagnósticos Ltda. ante la entidad fiduciaria que tenía a su cargo la liquidación de la hoy extinta ESE Antonio Nariño. Esa circunstancia es lo que impide el pronunciamiento de fondo como ya se explicó.

Los anteriores argumentos sustentan de manera suficiente y razonada la configuración de la excepción de ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción, por lo que la sentencia apelada será confirmada.

- COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA,**

V. RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la providencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadore de este Tribunal.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


Tribunal Contencioso
Administrativo Archipiélago de
San Andrés, Providencia y Santa
Catalina
NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada

Expediente:76-001-33-31-005-2011-00143-01
Demandante: Bio Diagnóstico Ltda.
Demandado: PAR ESE Antonio Nariño – Fiduprevisora S.A. y otros
Acción: Controversia Contractual

SIGCMA



JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado



**JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZÁLEZ**
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 76-001-33-31-005-2011-00143-01)

Código: FCA-SAI-05

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018