50001315300320170013900 memorial cesion

Javier Moyano <jbm471@hotmail.com>

Jue 15/06/2023 5:52 PM

Para:Juzgado 03 Civil Circuito - Meta - Villavicencio <ccto03vcio@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC:Andres Velez Saldarriaga <avelezs@fna.gov.co>;David Zapata Hamann <dzapata@fna.gov.co>

8 archivos adjuntos (5 MB)

2017 139 3ccto FNA.pdf; 79618008 Firmado.pdf; VNO-17078.pdf; 167. Acta No. 32 resuelve aclaraciones correcciones y complem (1).pdf; 4591.pdf; certificado FIDUAGRARIA (3).pdf; certificado FNA JUNIO.pdf; Laudo 28 de julio.pdf;

Señor(a):
JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO
E. S. D.

REF**: 50001315300320170013900**
DEMANDANTE: FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
DEMANDADO: PEDRO PABLO URREA MUETE
EJECUTIVO G.R.

Cordial saludo.

Me permito adjuntar memorial con solicitud de cesión y anexos.
Favor confirmar recibido.
gracias.

Javier Moyano
Abogado

ABOGADO REGIÓN LLANOS ORIENTALES
ASESORÍAS JURÍDICAS ESPECIALIZADAS
VILLAVICENCIO - META
EMAIL: jbm471@hotmail.com
Cel 311 5329292

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico es confidencial y para uso exclusivo de la(s) persona(s) a quien(es) se dirige y está protegido por la Ley 1273 del 5 de Enero de 2.009 y todas las aplicables. Si el lector de esta transmisión electrónica no es el destinatario, se le notifica que cualquier distribución, divulgación o copia o grabación de la misma está estrictamente prohibida. Si ha recibido este correo por error le solicitamos notificar inmediatamente a la persona que lo envió y borrarlo definitivamente de su sistema, ya que no existe autorización para su uso. Los correos electrónicos no son necesariamente seguros, por lo que el remitente no será responsable en ningún momento por los cambios que se sufra en su transferencia.

Antes de imprimir este correo electronico, piense bien si
es necesario hacerlo: El planeta es de todos.

Señor(a):
JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO
E. S. D.

REF**: 50001315300320170013900**
DEMANDANTE: FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
DEMANDADO: PEDRO PABLO URREA MUETE
EJECUTIVO G.R.

JAVIER BERNARDO MOYANO ROJAS, mayor de edad, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en calidad de apoderado de la parte demandante, comedidamente me dirijo ante este despacho con el fin de solicitar, se reconozca como parte a **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO con Nit: 899999284-4**, en virtud de la cesión de derechos realizada en su favor de conformidad con los documentos que se anexan al presente, tales como contrato de cesión, notificación de la fiduciaria al demandado y demás anexos.

De igual manera se indica que no existe intención de revocar poder anterior.

De su Señoría,

Atentamente,

JAVIER BERNARDO MOYANO ROJAS
C.C.No.: 86.088.796 de Villavicencio Meta
T.P.No.: 190.377 del C.S. de la J.

CARRERA 46 No. 18A 26 SUR
VILLAVICENCIO META
CEL 3115329292 – Email: **jbm471@hotmail.com**

Señor
JUZGADO 03 CIVIL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO - META
E.S.D.

REFERENCIA	**CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS Y/O DE CRÉDITO**
PROCESO	**EJECUTIVO HIPOTECARIO**
DEMANDANTE	**FONDO NACIONAL DEL AHORRO - FNA**
CESIONARIO	**FIDUAGRARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS**
DEMANDADO	**PEDRO PABLO URREA MUETE**
RADICADO	**500013153003_2017_00139_00**

Entre los suscritos **MAURICIO ORDOÑEZ GOMEZ**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 79.553.835 de Bogotá D.C., con domicilio en Bogotá D.C., quien actúa en nombre y Representación Legal de la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A.,** Sociedad de Economía Mixta, constituida mediante Escritura Pública No. 1.199 del dieciocho (18) de febrero de 1.992, otorgada en la Notaría Veintinueve (29) del Círculo de Bogotá D.C., autorizada para funcionar por la Superintendencia Bancaria de Colombia, hoy, Superintendencia Financiera de Colombia, a través de la Resolución No. 4.142 del seis (6) de octubre de 1.992, todo lo cual se acredita mediante Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, actuando única y exclusivamente en calidad de Vocera y Administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS** identificado con NIT. 830.053.630-9 y quien para los efectos del presente documento se denominará **EL CEDENTE,** y **PATRICIA RINCON BALLESTEROS**, identificada con cédula de ciudadanía 52.756.548, actuando en calidad Apoderada Especial del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO,** entidad creada mediante Decreto Ley 3118 del 26 de diciembre de 1968, transformada en Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante Ley 432 de 29 de enero de 1998, con domicilio en Bogotá D.C., e identificada con NIT. 899.999.284-4, según poder conferido por su representante legal mediante escritura 4591 del 26 de septiembre de 2022 de la Notaría 16 del Círculo de Bogotá, quien en adelante se denominará **EL CESIONARIO**, manifestamos Señor Juez ante su despacho muy respetuosamente lo siguiente:

PRIMERO: Que el Fondo Nacional del Ahorro - FNA en calidad de Vendedor, y DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. -Disproyectos S.A.S.- en calidad de Comprador celebraron un Contrato de Compraventa de Cartera de fecha 20 de noviembre de 2017 cuyo objeto es: *"(…) la compra por parte del COMPRADOR y la venta por parte del VENDEDOR de la CARTERA HIPOTECARIA JUDICIALIZADA* (…)" en los términos y condiciones que se señalan en dicho contrato, en el marco del cual el FNA vendió a Disproyectos, entre otras, la obligación de PEDRO PABLO URREA MUETE identificado con cédula de ciudadanía 79618008, a quien se hará referencia como el DEUDOR CEDIDO.

SEGUNDO: Que en el mencionado contrato se estableció como obligación del Comprador la constitución de un Patrimonio Autónomo el cual fue definido en los siguientes términos: "(…) *FIDEICOMISO o FIDUCIA EN GARANTÍA, DE ADMINISTRACIÓN, PAGO Y FUENTE DE PAGO: Es el CONTRATO de fiducia a que se refiere el literal [E] de la cláusula [QUINTA]. Por virtud del FIDEICOMISO el COMPRADOR pagará la parte pendiente del PRECIO DE COMPRA TOTAL. El FIDEICOMISO será constituido por el COMPRADOR como fideicomitente, y será un fideicomiso de garantía, administración, pago y fuente de pago a favor del COMPRADOR para amparar el pago del saldo por pagar del PRECIO DE COMPRA TOTAL. El FIDEICOMISO será constituido con la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., entidad autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia.* (…)".

TERCERO: Que el 22 de diciembre de 2017 se suscribió el Contrato de Fiducia Mercantil No. FID053-2017 entre FIDUAGRARIA S.A. y la sociedad DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO SAS – DISPROYECTOS S.A.S., en virtud del cual se constituyó el fideicomiso denominado "**PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS**", el cual tiene por objeto "(…) *Constituir un Patrimonio Autónomo de garantía, administración, pagos y fuente de pago con los Bienes Fideicomitidos con el fin de que la Fiduciaria (i) realice el recaudo y administración de la cartera y demás bienes que deban ser transferidos al Fideicomiso, (ii) realice los pagos al Beneficiario de la Fuente de Pago conforme a lo dispuesto en la cláusula quinta del Contrato de Compraventa con los recursos del Fondo de Reserva y finalmente (iii) ejecutar el procedimiento establecido en el presente contrato, en el evento que el Fideicomitente incumpla en el pago de la obligación para con el Beneficiario de la Fuente de Pago*. (…)".

CUARTO: Que de acuerdo con lo establecido en el numeral segundo de la cláusula tercera del Contrato de Fiducia, uno de los bienes fideicomitidos, es la Cartera Hipotecaria Vencida Judicializada adquirida por Disproyectos S.A.S. mediante el Contrato de Compraventa mencionado en el considerando primero, entre las que figuran la obligación objeto del proceso ejecutivo de la referencia, la cual fue cedida al Patrimonio Autónomo Disproyectos, adquiriendo dicho patrimonio autónomo la titularidad o propiedad de dicha Cartera.

QUINTO: El Tribunal Arbitral conformado para dirimir la controversia planteada por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO contra DISPROYECTOS S.A.S. profirió decisión de fecha 28 de julio con corrección de fecha 05 de agosto de 2022, en la cual, entre otras resolvió:

> *"(…)* ***SEGUNDO:*** *Declarar, de oficio, la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado el veinte (20) de noviembre de 2017 entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO y DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S., por violación de norma imperativa y causa ilícita.*
>
> ***TERCERO:*** *Ordenar a DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. reintegrar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO la cartera que no ha sido pagada en su totalidad junto con sus privilegios, intereses, acciones y garantías y, en consecuencia, ordenarle que realice la cesión de los derechos litigiosos a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO ante cada uno de los respectivos despachos judiciales en los que cursan actualmente los procesos ejecutivos adelantados en contra de los deudores.*
>
> ***CUARTO:*** *Ordenar a DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. impartir a FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA la instrucción para que la cartera que forma parte del Patrimonio Autónomo Disproyectos - FNA sea transferida al FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO. (…)"*

SEXTO: Que el 10 de agosto de 2022 se recibió instrucción de DISPROYECTOS radicada en Fiduagraria bajo el No. 01-011154-10082022, con el fin de *"(…) efectuar la devolución de la cartera en los términos ordenados por el Tribunal de Arbitramento y en favor del Fondo Nacional del Ahorro. (…)"*.

SÉPTIMO: Que, en virtud de lo anterior, FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS** en calidad de **CEDENTE**, **transfiere** al **CESIONARIO** la totalidad de las obligaciones que se ejecutan dentro del proceso descrito en la referencia, así como los derechos de crédito, las garantías, incluida la totalidad de los intereses causados, las costas y las agencias en derecho, y todos los demás derechos y prerrogativas que la cesión pueda derivar desde el punto de vista procesal y sustancial, de las obligaciones a cargo del **DEUDOR CEDIDO**.

En consecuencia, la presente cesión la efectúa FIDUAGRARIA S.A., como vocera y

administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS,** en cumplimiento del laudo arbitral y la instrucción impartida por DISPROYECTOS S.A.S., conforme se indicó en el numeral sexto del presente documento.

OCTAVO: Que el pago de las obligaciones que se ejecutan en el proceso de la referencia es de exclusiva responsabilidad del **DEUDOR CEDIDO** o de los demandados, por tanto, **EL CEDENTE** no garantiza a **EL CESIONARIO** el pago, ni la eventual solvencia presente o futura de los deudores o demandados.

NOVENO: Que **EL CEDENTE** no asume responsabilidad alguna por el resultado del proceso ejecutivo de la referencia en los términos del artículo 1969 del Código Civil.

El CEDENTE garantiza a **EL CESIONARIO** la existencia del proceso ejecutivo del asunto, y manifiesta que el mismo no ha sido objeto de venta o cesiones pendientes de tramitar y/o aprobar de acuerdo con los informes presentados por el Operador de Cobranzas, con anterioridad a la firma de la presente cesión.

DÉCIMO: Que para todos los efectos se entiende que **EL CEDENTE** con ocasión de hechos posteriores a la fecha de suscripción de la presente cesión, no asume responsabilidad alguna en caso de que el Juzgado de conocimiento o cualquier otra autoridad judicial o administrativa, adopte medida alguna que conlleve la terminación del proceso.

DÉCIMO PRIMERO: EL CEDENTE no asume responsabilidad por el pago del crédito demandado y aquí cedido, ni por las intervenciones, ni acciones de terceros, ni por el resultado de otros procesos que afecten a los bienes perseguidos, ni por la solicitud de embargo de remanentes o la llegada al proceso de embargos privilegiados de terceros.

DÉCIMO SEGUNDO: Que **EL CESIONARIO** recibe las obligaciones contenidas en el proceso judicial objeto de cesión que por medio del presente instrumento se transfieren, en las condiciones jurídicas y físicas en que se encuentren de conformidad con el laudo arbitral proferido por el Tribunal de arbitramento.

DÉCIMO TERCERO: EL CEDENTE y el **CESIONARIO** declaran que: i) Sus representantes legales y apoderados tienen plenos poderes y representación para suscribir el presente documento de conformidad con los estatutos de cada uno de ellos. ii) La celebración de la cesión está permitida dentro del objeto social, así como la ejecución de los términos y condiciones del mismo. y, iii) Los términos y condiciones del documento no desconocen las leyes aplicables, sus estatutos o acuerdos que hayan suscrito con terceros.

DÉCIMO CUARTO: Que de acuerdo con lo que han pactado las Partes, los gastos, condenas, aranceles, sanciones pecuniarias, agencias en derecho y costas que se cobren con posterioridad a la radicación del presente memorial ante el juzgado correspondiente, en desarrollo de la gestión judicial, son por cuenta de **El CESIONARIO**.

DÉCIMO QUINTO: Que de conformidad con lo establecido en el numeral 55 del artículo 530 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 46 de la Ley 633 de 2000 *"los documentos que instrumentan la cesión de activos, pasivos y contratos que suscriban las entidades financieras públicas*" se encuentran exentos del impuesto de timbre nacional.

DÉCIMO SEXTO: Que de conformidad con el texto del título valor y las garantías ejecutadas en el presente proceso, el **DEUDOR CEDIDO** aceptó (ron) cualquier endoso, cesión y transferencia que, del crédito objeto del proceso ejecutivo, hiciera el ACREEDOR a favor de un tercero.

DÉCIMO SÉPTIMO: Es responsabilidad de **EL CESIONARIO** notificar al juzgado de conocimiento la presente cesión y de **EL CEDENTE** notificar en debida forma al **DEUDOR CEDIDO**.

DÉCIMO OCTAVO: Los gastos que pueda ocasionar la presente cesión serán a cargo de **EL CESIONARIO**.

De conformidad con lo anterior, presentamos al señor Juez las siguientes:

PETICIONES

PRIMERA: Solicitamos muy respetuosamente al Señor Juez reconocer al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO - FNA,** para todos los efectos legales, como CESIONARIO y titular de los créditos, garantías y privilegios que le correspondían al PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS - **CEDENTE** - y que están siendo objeto de ejecución en el marco del proceso de la referencia, en los términos del artículo 68 del Código General del Proceso.

ANEXOS

Poderes y certificados de existencia y representación legal del CEDENTE y CESIONARIO

- Copia del laudo
- Copia de aclaración del laudo del 5 de agosto de 2022
- Poder especial

En señal de conformidad las partes suscriben el presente documento, en Bogotá D.C., el cual tiene vigencia a partir de la fecha de la última firma de las partes que intervienen.

Del Señor Juez,

CEDENTE,

MAURICIO ORDOÑEZ GOMEZ
Firmado digitalmente por MAURICIO ORDOÑEZ GOMEZ
Fecha: 2022.09.29 21:06:30 -05'00'

MAURICIO ORDOÑEZ GOMEZ
C.C. 79.553.835 de Bogotá D.C.
Representante Legal
FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS

CESIONARIO,

RINCON BALLESTEROS PATRICIA
Firmado digitalmente por RINCON BALLESTEROS PATRICIA
Fecha: 2022.10.24 11:37:01 -05'00'

PATRICIA RINCON BALLESTEROS
C.C. 52.156.548
Apoderada Especial
FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Proyectó: Natalia Rojas - Sonia Cortés - Revisó: Eliana Rodríguez Bohórquez - Aprobó: Mónica Prieto – Marleng Mesa – FNA Mesa trabajo Correo: ("RV: Notificación a deudores" 23-09-22)

Fiduagraria
Filial del Banco Agrario

Bogotá, D.C. septiembre 27 de 2022
VNO-17078

Señor (a)
URREA MUETE PEDRO PABLO
CL 29 A SUR No.37-17 CASA 3 MZ. I SUPERMANZANA 3
VILLAVICENCIO - META

Asunto: **CARTA DE NOTIFICACIÓN CESIÓN - CRÉDITO HIPOTECARIO No. 7961800801**

Respetado (a) Señor (a), **Fiduagraria S.A.**, como vocera y administradora del **Patrimonio Autónomo Disproyectos**, en calidad de acreedor del crédito hipotecario No. 7961800801 del cual usted es titular, de manera atenta le informa que, el referido crédito fue cedido al **Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo**, subrogándose éste en todos los derechos que como acreedor hipotecario le correspondían a Fiduagraria S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Disproyectos y asumiendo las obligaciones derivadas del mismo.

Por lo anteriormente expuesto, el Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo a partir del recibo de la presente comunicación, como nuevo Acreedor, continuará atendiendo todas las actividades relacionadas con su crédito hipotecario, tales como: **recepción de pagos**; negociaciones; remisión de certificaciones; atención de peticiones, quejas, reclamos; reportes ante las centrales de información crediticia y demás información y trámites correspondientes al mismo.

Respecto a los seguros contratados por el Patrimonio Autónomo Disproyectos correspondientes a la cobertura Grupo de Vida Deudores y Home Total que fueron tomados con Liberty Seguros S.A., podrán ser tramitados por medio del Patrimonio Autónomo Disproyectos administrado por Fiduagraria hasta el 30 de Octubre de 2022.

Si ha realizado consignaciones a favor del Patrimonio Autónomo Disproyectos posteriores al 31 de julio de 2022, agradecemos enviar copia del comprobante de pago al Fondo Nacional del Ahorro y al Patrimonio Autónomo al correo electrónico: padisproyectos-fna@fiduagraria.gov.co para validación de este.

En consecuencia, para los efectos mencionados, por favor comunicarse con el Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo, en la dirección Calle 12 # 65 - 11, Puente Aranda, Bogotá – Colombia, correo electrónico: contactenos@fna.gov.co y teléfono 601 307 7070 o línea gratuita nacional: 01 8000 52 7070.

Cordialmente,

MAURICIO ORDOÑEZ GÓMEZ
Representante Legal - Fiduagraria S.A.
Actuando como vocera y administradora del P.A. Disproyectos

Proyectó: Natalia Rojas - Sonia Cortés - Revisó: Eliana Rodríguez Bohórquez Aprobó: Mónica Prieto – Marleng Mesa – FNA (correo: Validación Formatos 23-09-22)

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO

Contra

DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S.

Caso 120721

ACTA No. 32

En la ciudad de Bogotá, a los cinco(5) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022), siendo las cuatro de la tarde (4:00 p.m.) se reunió por medios electrónicos el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** como convocante, y **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. – DISPROYECTOS S.A.S.** como convocada, integrado por los árbitros **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**, quien preside, **MANUEL ENRIQUE CIFUENTES MUÑOZ** y **GONZALO MÉNDEZ MORALES.** Actuó como secretario **ANTONIO PABÓN SANTANDER**.

Comparecieron igualmente los doctores **ERIKA DAZA BUITRAGO**, quien figura como abogada inscrita de la sociedad **ASESORES JURÍDICOS & CONSULTORES EMPRESARIALES S.A.S.,** y a quien el tribunal le reconoce personería para actuar en nombre de la sociedad convocante, **JUAN ALEJANDRO PINILLA SÁNCHEZ**, apoderado de la convocada y **SANTIAGO JARAMILLO VILLAMIZAR** apoderado de la llamada en garantía**.** Por el

Ministerio Público asistió la doctora **VIRGINIA ROSARIO DEL PILAR HIGUERA MARÍN**.

INFORME SECRETARIAL

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la ley 1563 de 2012 se informa a las partes que el proceso ha sido suspendido por 119 días, que han corrido 239 días del término de duración del proceso y que el plazo para fallar vence el próximo 9 de agosto de 2022.

2. El pasado 3 de agosto, el apoderado de la parte convocante presentó solicitud de complementación del laudo.

3. El 4 de agosto el apoderado de la Fiduciaria llamada en garantía presentó solicitudes de aclaración y adición del laudo.

4. Igualmente, el día de ayer el apoderado de la convocada presentó solicitudes de aclaración, corrección y adición del laudo.

5. Se recibió oficio de la Contraloría General de la Nación en la que informa sobre la apertura de una investigación y solicita la remisión de unos documentos.

A continuación se profirió el siguiente

AUTO No. 41

Procede el Tribunal a decidir las solicitudes de complementación, aclaración y corrección del laudo arbitral formuladas por las partes para lo cual considera:

Es un principio consolidado de derecho procesal que las providencias que resuelven acerca del fondo de la controversia, ya sea una sentencia de un juez o un laudo arbitral, una vez pronunciadas, no son revocables ni reformables por quienes las profirieron. Sin embargo, en los procesos arbitrales, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la ley 1563, de oficio o a petición de parte, el Tribunal puede corregir, aclarar o adicionar aquellas decisiones, de conformidad con lo previsto en las normas procesales vigentes, respetando siempre el mencionado principio de Invariabilidad del Laudo, de tal forma que, en ninguna circunstancia, se altere o reconsidere su contenido.

Como ha sido decantado por la jurisprudencia, tales remedios procesales, tienen estrechos límites y se circunscriben a tres eventos a saber:

(i) La aclaración de conceptos o frases que en concreto originen oscuridad dispositiva, lo que no implica de ninguna manera la posibilidad de interpretar el laudo, toda vez que es bien sabido que no es ésta una función de los árbitros. No se trata, entonces de disipar cualquiera incertidumbre o inquietud que aqueje a las partes, ni tampoco de considerar aspectos que no fueron articulados procesalmente en las pretensiones o en las excepciones, explicando o reformulando la motivación del laudo, ya que una vez proferido no les es posible, a los árbitros como a los jueces respecto de sus sentencias "(…) *considerarlo bajo ningún pretexto, mucho menos con el de hacer nuevos razonamientos o exponer nuevos puntos de vista que entrañen una revisión total o parcial de las ideas que fueron emitidas. Por consiguiente, los conceptos que pueden aclararse no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad,*

veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador, sino aquellas provenientes de redacción ininteligible o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo (…)" [Cfr. G.J Num.1953 p.47].

(ii) La corrección de errores de cálculo, de copia o de transcripción, prevista en el artículo 286 del Código General del Proceso para aquellos eventos en que existieren errores "*puramente aritméticos*" o "*por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas*".

(iii) La adición del laudo, reservada por la ley para enmendar falencias reales de contenido cuando, sea por error o por olvido, el Tribunal ha dejado de resolver sobre cuestiones oportunamente alegadas y debatidas en el proceso, lo cual tiene como fin evitar cualquier tipo de incongruencia negativa relevante.

En consecuencia, la posibilidad de aclarar o de corregir un laudo arbitral exige la presencia de un defecto en su parte resolutiva o de una incoherencia, o inconsistencia en sus distintos apartes decisorios o entre sus consideraciones y las decisiones adoptadas, defecto que debe tener incidencia en la decisión.

En el caso de la corrección, como se mencionó, ésta procede en dos eventos a saber: el primero de ellos se predica de las operaciones matemáticas fundamentales, esto es suma, resta multiplicación o división, bien por errónea apreciación, cita o inclusión de sus factores,[1] o bien por sus resultados concretos. El segundo error se configura cuando hay una

[1] Corte Constitucional, Sentencia T-984 de 1999.

omisión, cambio o alteración de las palabras utilizadas, o cuando se incurre en una omisión formal,[2] o existe una contradicción por incompatibilidad e incoherencia con la conclusión, "*como cuando después de referirse a una persona en los capítulos considerativos, el fallador menciona a otra totalmente distinta en el punto respectivo de la decisión*"[3].

Para la procedencia de la complementación o adición, es imprescindible haber omitido cualquiera de los extremos de la *litis* u otro punto que de acuerdo con el ordenamiento jurídico debía decidirse, por ejemplo, las pretensiones de la demanda o las excepciones, esto es, la materia objeto de litis, en cuyo caso deberá proferirse sentencia o laudo complementario decidiendo lo omitido, sin que sea admisible por supuesto, la alteración de lo resuelto en cuanto no se trata de revocar, modificar o variar el fallo sino de complementarlo con la parte omitida.

En cualquier caso, valga la pena reiterar, las instituciones que aquí se analizan, no son un recurso ni en una nueva instancia, y menos habilitan al Tribunal para "*modificar el laudo so pretexto de aclararlo, pues si así lo hiciera, estaría reformando su propia providencia, lo cual le está prohibido*". Tampoco habilitan para un nuevo análisis o impugnación de la situación fáctica controvertida y decidida, circunstancia improcedente respecto de las providencias que resuelven el fondo de la controversia, por lo cual debe resolverse de plano mediante auto aclaratorio "*que no tiene recursos*" y de "*igual modo, si se deniega la solicitud, el auto respectivo carece de recursos*", [Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1408 de abril 25 de 2002].

[2] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de Agosto de 1999.
[3] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1408 de Abril 25 de 2002.

Expuesto el marco teórico que rige las figuras de la aclaración, complementación y corrección de sentencias, procede el Tribunal a pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por las partes, en el mismo orden en que ellas fueron presentadas.

1. **La solicitud formulada por el FNA.**

En primer lugar se solicita complementar los ordinales TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO, DÉCIMO y UNDÉCIMO de la parte resolutiva del laudo, en el sentido de indicar que DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. o el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, según el caso, deberán cumplir las órdenes en ellos impartidos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo, o en el plazo que el Tribunal estime conveniente, petición que fundamenta el actor en el artículo 117 del Código General del Proceso.

Sobre el particular, valga la pena reseñar, en primer lugar, que, como lo indica el convocante en su escrito, la norma antes mencionada está encaminada exclusivamente a regular los términos y oportunidades procesales, razón por la cual no es aplicable al caso que nos ocupa.

En el presente asunto no existió omisión alguna por parte del Tribunal pues la decisión se adoptó en estricta consonancia con lo solicitado en las pretensiones de la demanda y con las normas que regulan la materia, las cuales no disponen la necesidad de otorgar un plazo a las órdenes impartidas en el laudo. El término que echa de menos el convocante resulta innecesario pues es claro que a falta de plazo las obligaciones son

puras y simples y exigibles de manera inmediata a las partes, una vez ejecutoriado el laudo.

Por otro lado, solicita el convocante se aclare el numeral OCTAVO de la parte resolutiva del laudo, en el sentido de precisar cuáles son los gastos del contrato de fiducia que debe atender el Fondo Nacional del Ahorro, por cuanto según la cláusula vigésima segunda de ese negocio jurídico ellos deben ser asumidos por DISPROYECTOS.

Revisada nuevamente la decisión no se encuentra conceptos o frases que ofrezcan motivo de duda pues el laudo fue claro en señalar, por las razones en él consignadas, que, como consecuencia de la nulidad del contrato que originó el litigio, la totalidad de los costos derivados del contrato de fiducia debía ser asumida por el FNA.

Así se consignó en los siguientes apartes de la providencia que se transcriben:

> *"DISPROYECTOS no aportó prueba de esos gastos, motivo por el cual el Tribunal no puede ordenar su reconocimiento. No obstante, obra en el proceso el contrato de fiducia celebrado entre DISPROYECTOS y FIDUAGRARIA, el cual debió ser celebrado como consecuencia de las estipulaciones contractuales pactadas entre DISPROYECTOS y el FNA y sin el cual no habría sido posible que el comprador gestionara el cobro de la cartera, incluidos sus intereses. Por tanto, en desarrollo de la facultad oficiosa con base en la cual el Tribunal declarará la nulidad del contrato de compraventa, también procedería ordenar que los gastos ocasionados por la celebración del contrato de fiducia le sean reconocidos a DISPROYECTOS.*
>
> *Sin embargo, teniendo en cuenta que la comisión fiduciaria se ha descontado de los recursos que han ingresado al patrimonio*

> *autónomo, los cuales, como se ha dicho, provenían del cobro de cartera y son de propiedad del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en virtud de las restituciones que se están ordenando, ha operado una especie de compensación que extingue la obligación a cargo del Fondo, consistente en la restitución de estos gastos, razón por la cual no procede ordenar que dicho Fondo efectúe un giro de recursos a favor de DISPROYECTOS por este concepto.*
>
> *Cabe aclarar que si existen comisiones fiduciarias pendientes de pago, ellas en virtud de la norma antes señalada deben ser pagadas por el FNA a FIDUAGRARIA, en cumplimiento de las restituciones a su cargo*.

Por lo anterior, no proceden las solicitudes de aclaración y complementación formuladas por la convocante.

2. Las solicitudes formuladas por la llamada en garantía.

Mediante memorial presentado en tiempo, el apoderado de Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., solicitó aclarar el numeral UNDÉCIMO de la parte resolutiva del laudo en el sentido de precisar que las costas son a favor del Patrimonio Autónomo Disproyectos - FNA cuyo administrador y vocero es la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. y adicionarlo en el sentido de indicar el plazo en el cual se deberá efectuar el pago en él ordenado.

Revisada la primera de esas peticiones encuentra el Tribunal que más que una aclaración, se trata de una corrección, pues se encamina a que se corrija el nombre del sujeto a favor de quien se profirió la orden de pago. Por lo demás, dicha solicitud resulta procedente por cuanto como consta en el auto número 11 el llamamiento en garantía se admitió en contra del

PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS y no de la fiduciaria en posición propia.

En cuanto a la petición de adicionar el laudo, como se indicó en el acápite anterior, no resulta procedente en la medida en que no existió petición que el Tribunal dejara de resolver y las decisiones se tomaron en cumplimiento de lo dispuesto por la ley. Se reitera que a falta de término las obligaciones se deben cumplir una vez ejecutoriado el laudo.

3. Las solicitudes de aclaración, corrección y adición formuladas por DISPROYECTOS.

La convocada solicita, en primer lugar, se adicione y corrija la decisión en el sentido de emitirse un pronunciamiento sobre los efectos que la nulidad del contrato de compraventa tiene respecto del contrato de fiducia y el Patrimonio Autónomo originado en él.

Por esa razón, considera además que DISPROYECTOS no debe instruir al Patrimonio Autónomo para que los dineros que estén disponibles en él y los que llegaren a ingresar con posterioridad al laudo, sean transferidos al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como se dispuso en el numeral quinto de la parte resolutiva, pues, declarado nulo el contrato de compraventa "*no puede subsistir en la vida jurídica el contrato de fiducia mercantil de garantía administración de pagos y fuente de pago FID – 053 – 2017*".

Sobre este particular valga la pena resaltar que el Tribunal sí estudió los efectos que la nulidad del contrato de compraventa tenía sobre el contrato de fiducia, concluyendo lo siguiente:

> *"Anota el Tribunal que el contrato de fiducia debe terminar y procederse a su liquidación por imposibilidad de continuar ejecutando su objeto, pero es bueno advertir que con la presente decisión no se está afectando su validez, por cuanto la nulidad absoluta que se declarará en este el laudo no tiene alcance sobre el contrato de fiducia. Ello no obsta para que las partes impartan las instrucciones necesarias a la fiduciaria para cumplir este laudo y que la fiduciaria, así mismo, vele porque ello suceda".*

Resulta claro entonces que no existe la omisión que la convocada le endilga al laudo y que lo que sucede en este caso es que, en relación con ese punto, DISPROYECTOS no comparte lo decisión que se adoptó sin que la misma pueda modificarse, como ya se indicó.

En relación con la solicitud formulada con respecto al ordinal TERCERO de la parte resolutiva de laudo, que no se especifica si es de aclaración o de corrección, encuentra el Tribunal que no es procedente en ningún sentido dado que la instrucción allí impartida puede cumplirse por parte de Disproyectos SAS aun en el caso de que el titular de los derechos litigiosos sea el PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS, pues en esa hipótesis la mencionada sociedad, como fideicomitente, puede impartir a FIDUAGRARIA SA. las instrucciones del caso para cumplir la orden del Tribunal.

Igualmente se solicita que se adicionen los ordinales SEXTO y SÉPTIMO de la parte resolutiva en el sentido de disponer el término en el que se deben pagar las sumas allí ordenadas. Y más adelante se pide que, en relación con todas las decisiones en las que se ordenó a las partes hacer algún pago, ellas sean adicionadas indicando una fecha cierta en la que ese

pago deberá efectuarse y además que, para agilidad en las restituciones, se ordenen esos desembolsos en "*la modalidad denominada cruce de cuentas*".

En relación con esta petición el Tribunal reitera lo indicado al resolver las solicitudes de la convocante y la llamada en garantía en el sentido de que sobre ese punto no existió omisión alguna y que las obligaciones derivadas del laudo se entienden puras y simples. En lo que se refiere a la forma como esos pagos deben hacerse, se resalta que ninguna de las partes propuso la excepción de compensación la cual, como lo dispone el artículo 282 del Código General del Proceso, no puede ser declarada de oficio. En ese sentido tampoco existió omisión del Tribunal ni puede accederse a lo solicitado.

En cuanto a los intereses a los que se condenó al FNA señala que "*no se observa el cumplimiento de otros laudos que con el mismo motivo y tipo de decisión, ajustan dicha tasa al interés bancario corriente al tenor de lo señalado en el artículo 884 del Código de Comercio, dado que la obligación se origina en una transacción comercial, así esta haya sido declarada nula con posterioridad*."

Esta petición, más que una solicitud de aclaración, corrección o complementación contiene un requerimiento de modificación de lo decidido en relación con los intereses y con ello una variación de los efectos de la decisión, lo cual no es legalmente admisible.

Por otro lado, solicita la convocada se corrija el ordinal DÉCIMO de la parte resolutiva pues según el artículo 360 del Código General del Proceso solo

está obligada a pagar costas quien resulte vencida, razón por la cual, habida cuenta de que las pretensiones principales de la demanda formulada por el FNA fueron negadas, no podía condenarse a su representada por ese concepto.

Esta solicitud tampoco se encamina a la subsanación de errores de cálculo, de copia o de transcripción, sino que tienen por objeto que el Tribunal revise y modifique su decisión, lo cual, como ha quedado expuesto, no es el objeto de la herramienta procesal invocada ni es posible hacer en esta instancia del proceso. Por lo demás, en el numeral 6 de la parte motiva del laudo están claros tanto el origen como la condición de la condena en costas a que se refiere el ordinal DÉCIMO de la parte resolutiva, motivo por el cual el Tribunal no encuentra procedente efectuar aclaración adicional de ningún tipo.

También se solicita la corrección del numeral UNDÉCIMO de la parte resolutiva del laudo mediante el cual se condenó a DISPROYECTOS a pagar a FIDUAGRARIA las costas y agencias en derecho, como quiera que quien pagó esas sumas fue el Patrimonio Autónomo y no la Fiduciaria. Igualmente sostiene – sin hacer una petición al respecto - que la suma a la que fue condenada la convocada por concepto de costas a favor de la llamada en garantía corresponde al 50% de los honorarios, lo cual dicho de paso no es cierto, como consta en el acta que los fijó.

Si bien no se precisa de qué manera debe corregirse este numeral, el Tribunal se remite a lo señalado al momento de decidir las solicitudes formuladas por el llamado en garantía, oportunidad en la cual se advirtió

que el nombre correcto del beneficiario de las costas era el PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS – FNA y no la fiduciaria en posición propia.

Por otro lado, se solicita se adicione y corrija la decisión en el sentido de ordenar el pago a favor de DISPROYECTOS de los honorarios por la gestión en el cobro de cartera, los cuales estima en el 20% de las sumas recaudadas por esa entidad.

En relación con este punto, se advierte que no hubo omisión del Tribunal como se observa en el siguiente extracto del laudo:

> "*Sobre el particular, el inciso final del artículo 964 del código civil establece que "En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos". Lo anterior significa que DISPROYECTOS tiene derecho a que el FNA le reconozca los gastos ocasionados por la gestión y cobro de los intereses de la cartera vendida.*
>
> *DISPROYECTOS no aportó prueba de esos gastos, motivo por el cual el Tribunal no puede ordenar su reconocimiento*".

Finalmente, se solicita al Tribunal un pronunciamiento sobre la legalidad de las actuaciones mientras fungió como árbitro el doctor Antonio Gómez Merlano y pide conocer la declaración de independencia que en su momento aquel efectuó toda vez que su elección se hizo sin intervención de DISPROYECTOS, petición que, además de inoportuna, resulta ajena al laudo.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal

RESUELVE

PRIMERO: Corregir el numeral undécimo de la parte resolutiva del laudo el cual quedará así:

> "**UNDÉCIMO:** *Condenar a DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. a pagar al PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS – FNA administrado por FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA la suma de $245.000.000 por concepto de costas y agencias en derecho*".

SEGUNDO: Negar las solicitudes de complementación y aclaración formuladas por la convocante.

TERCERO: Negar la solicitud de complementación formulada por la llamada en garantía.

CUARTO: Negar las solicitudes de aclaración, corrección y complementación formuladas por la convocada.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Actuó por medios electrónicos
EVER LEONEL ARIZA MARÍN
Presidente

Actuó por medios electrónicos
MANUEL ENRIQUE CIFUENTES MUÑOZ
Árbitro

Actuó por medios electrónicos
GONZALO MÉNDEZ MORALES
Árbitro

Actuó por medios electrónicos
ANTONIO PABÓN SANTANDER
Secretario

Actuó por medios electrónicos
ERIKA DAZA BUITRAGO
Apoderada convocante

Actuó por medios electrónicos
JUAN ALEJANDRO PINILLA S.
Apoderado convocada

Actuó por medios electrónicos
SANTIAGO JARAMILLO VILLAMIZAR
Apoderado llamada en garantía

Actuó por medios electrónicos
VIRGINIA HIGUERA MARÍN
Procuradora

ESCRITURA PÚBLICA No. CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UNO (4591)
DE FECHA: VEINTISEIS (26) DE SEPTIEMBRE ----------
DEL AÑO DOS MIL VEINTIDOS (2022).----------
OTORGADA EN LA NOTARIA DIECISÉIS (16) DEL CIRCULO DE BOGOTÁ D.C. ----------

CÓDIGO NOTARIA 110010016
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO
CLASE DE ACTO O CONTRATO

PODER ESPECIAL----------SIN CUANTIA

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO

DATOS PERSONALES ----------IDENTIFICACIÓN

MANDANTE

FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO ----------
---------- NIT. 899.999.284-4

MANDATARIOS

ADRIANA DEL PILAR ENRIQUEZ MARTINEZ	**C.C. 27.486.961**
MARIA ANGELICA VEGA CRUZ	**C.C. 52.264.389**
PATRICIA RINCON BALLESTEROS	**C.C. 52.756.548**
DAVID ZAPATA HAMANN	**C.C. 1.113.638.381**

En la ciudad de Bogotá, Distrito Capital, Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a los **VEINTISEIS (26) DIAS DEL MES DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL VEINTIDOS (2022), EN LA NOTARIA DIECISÉIS (16) DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.**, siendo Notaria Encargada la Doctora **JANNETH ROCIO SANTACRUZ MARTINEZ,** según Resolución No. 11442 del 26 de Septiembre de 2022 de la Superintendencia de Notariado y Registro, Se otorgó la escritura pública **DE PODER ESPECIAL,** la cual se consigna en los siguientes términos: ----------

COMPARECE CON MINUTA: ELKIN FERNANDO MARIN MARIN, colombiano, mayor de edad, domiciliado y residenciado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía número **71.377.180,** quien en el otorgamiento del presente instrumento público actúa en su calidad de Presidente Encargado y Representante Legal del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO,**

PO010587693
11-04-22 PO010587693
HLH7NSEVK
THOMAS GREG & SONS.
Papel notarial para uso exclusivo en la escritura pública - No tiene costo para el usuario

identificado con **NIT. 899.999.284-4,** calidad que acredita con el respectivo Decreto 1724 del veintitrés (23) de Agosto de Dos Mil Veintidós (2022) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Acta de Posesión Número 166 de fecha veintitrés (23) de Agosto de Dos Mil Veintidós (2022), documentos que se protocolizan, Entidad creada mediante Decreto Ley 3118 del veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968) como Establecimiento Público y transformado mediante Ley 432 del veintinueve (29) de Enero de mil novecientos noventa y ocho (1998) como Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero de orden nacional, organizado como Establecimiento de Crédito de naturaleza especial, vinculada al Ministerio de Hacienda de conformidad con lo previsto en el Decreto 492 de 2020, obrando en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 92 de la Ley 489 de mil novecientos noventa y ocho (1998), y en el literal c del artículo 18 del Acuerdo número 2468 del dos mil veintidós (2022) de la Junta Directiva del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO**, el artículo 74 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; en la circular externa 029 de dos mil catorce (2014) de la Superintendencia Financiera de Colombia (Parte I - Titulo IV. Capitulo II. Numeral 4 Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia) y demás normas concordantes, manifestó: ----------

PRIMERO: Que por medio del presente instrumento público y en la calidad antes anotada, confiere **PODER ESPECIAL,** amplio y suficiente a **ADRIANA DEL PILAR ENRIQUEZ MARTINEZ,** mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 27.486.961 expedida en Tangua (Nariño), quien ostenta el cargo de Profesional 5; **MARIA ANGELICA VEGA CRUZ** mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 52.264.389 expedida en Bogotá D.C. quien ostenta el cargo de Profesional 4; **PATRICIA RINCON BALLESTEROS,** mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 52.756.548 expedida en Bogotá D.C., quien ostenta el cargo de Profesional 5, y **DAVID ZAPATA HAMANN,** mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 1.113.638.381 expedida en Palmira (Valle), quien ostenta el cargo de Profesional 3, para que ejecute en directamente los siguientes actos: ----------

16 Notaría

1. Suscribir en representación del FNA, los contratos de cesión de derechos litigiosos o cesión de créditos, así como aquellos documentos correspondientes a la cesión de hipotecas o endoso de pagarés o cualquier otro título valor, respecto de los créditos vigentes que figuran en el PATRIMONIO AUTONOMO DISPROYECTOS, y que deben ser restituidos al Fondo Nacional del Ahorro en el marco del Laudo Arbitral de fecha 28 de julio confirmado el 5 de agosto de los corrientes----------

SEGUNDO: La vigencia de este poder será por Treinta (30) días, contados a partir de la fecha de otorgamiento ----------

HASTA AQUÍ LA MINUTA

CONSTANCIA DE LOS INTERESADOS Y ADVERTENCIA DEL NOTARIO: EL (LA,LOS) COMPARECIENTE(S) HACE CONSTAR QUE: 1. Ha(n) verificado cuidadosamente sus nombres y apellidos, su real estado civil, número correcto de sus documentos de identificación, y aprueba este instrumento sin reserva alguna, en la forma como quedó redactado. 2. Las declaraciones consignadas en instrumento corresponden a la verdad y el(los) otorgante lo aprueba totalmente, sin reserva alguna, en consecuencia, asume la responsabilidad por cualquier inexactitud. 3. El Notario no puede dar fe sobre la voluntad real del(los) compareciente y beneficiaria, salvo lo expresado en este instrumento, que fue aprobado sin reserva alguna por el(los) compareciente y beneficiaria en la forma como quedo redactado. 4 Conoce la Ley y saben que el Notario responde de la regularidad formal de los instrumentos que autoriza pero no de la veracidad de las declaraciones del(los) otorgante ni de la autenticidad de los documentos que forman parte de este instrumento. 5. Será responsable civil, penal y fiscalmente, en caso de utilizarse esta escritura con fines ilegales. 6. Solo solicitara correcciones, aclaraciones, o modificaciones al texto de la presente escritura en la forma y en los casos previstos por la Ley. ----------

ADVERTENCIA NOTARIAL: A el (la,los) otorgante(s) se le advirtió que una vez firmado este instrumento la Notaría no asumirá correcciones o modificaciones si no en la forma y casos previstos por la Ley, siendo esto solo responsabilidad de la otorgante. Además el Notario le advierte a EL (LA,LOS) COMPARECIENTE(S) que cualquier aclaración a la presente escritura, implica el otorgamiento de una

PO010349177
RK87YMA6BV 11-04-22 PO0
THOMAS GREG & SONS.
Papel notarial para uso exclusivo en la escritura pública - No tiene costo para el usuario

nueva escritura pública de aclaración, cuyos costos serán asumidos única y exclusivamente por EL (LA,LOS) COMPARECIENTE(S). ----------

DE LA COMPARECENCIA: El (la,los) ciudadano(a,os) declara(n) bajo la gravedad del juramento que su presencia física y jurídica, así como las manifestaciones en las diferentes cláusulas de este instrumento, obedecen a la autonomía de su voluntad y que no se ha ejercido sobre ellos dolo, fuerza física o psicológica, que los datos consignados en la comparecencia del presente instrumento como los son sus nombres y apellidos, la titularidad del documento de identificación exhibido, así como su estado civil corresponden a su actual realidad jurídica, los cuales han sido confirmados de viva voz a los funcionarios Notariales y transcritos de su puño y letra al momento de plasmar su firma en señal de aceptación del presente acto notarial, hechos que dejan plenamente establecida su asistencia en este Despacho Notarial. ----------

DE LA CAPACIDAD: El (la,los) compareciente(s) manifiesta(n) que es(son) plenamente capaz(ces) para contratar y obligarse, que no tiene ningún tipo de impedimento legal que vicie de nulidad las declaraciones que dentro del acto o negocio jurídico se han consignado. Que goza de forma absoluta del ejercicio de sus Derechos y que las declaraciones redactadas en este instrumento son su real voluntad y de esta forma buscan la eficacia jurídica del acto o negocio otorgado. Que sus condiciones mentales e intelectuales son las idóneas y en razón a ello han conllevado al Notario a través de un juicio de valores, a determinar su capacidad para comparecer. Que han entendido el clausulado que conforma la presente escritura pública y que la aprueba en su totalidad. ----------

DE LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA: EL (LA,LOS) COMPARECIENTE(S) manifiesta que exhibe los documentos de identidad de los cuales es titular y que son los idóneos para establecer los atributos de su personalidad, como los son sus nombres, nacionalidad, mayoría de edad y serial de identificación. Que accede a que su cédula de ciudadanía sea sometida a una lectura biométrica que permite extraer del código de barras la información que habilita al Notario presumir la originalidad, validez y autenticidad del documento de identidad. En caso que EL (LA,LOS) COMPARECIENTE(S) presente para su identificación una contraseña que señala el trámite de duplicado, corrección o rectificación, el ciudadano afirma

16 Notaría

PO010349178

bajo la gravedad de juramento que el sello que certifica el estado de su trámite ha sido estampado en una oficina de la Registraduría Nacional del Estado Civil. En todo caso, la titular de la contraseña de expedición de cédula de ciudadanía por primera vez, o no certificada, la cédula de extranjería, pasaporte o visa que no puede ser sometidas al control de captura de identificación biométrica, manifiesta que estos documentos han sido tramitados y expedidos por la entidad competente y legítimamente constituida para ello (Registraduría, Consulado, embajadas, etc.) y que no ha sido adulterada o modificada dolosamente. ----------

NOTA. En aplicación del principio de la autonomía que dentro del control. de legalidad puede ejercer el notario, amparado en el artículo 8 del decreto ley 960 de 1970 y el articulo 116 del decreto 2148 de 1983, se advierte e informa a el (la,los) compareciente(s) de este publico instrumento, que con el fin de prevenir una suplantación en las personas, de salvaguardar la eficacia jurídica de este acto y así producir la plena fe pública notarial, se ha implementado un sistema de control biométrico en el que queda consignada de forma electrónica su huella digital y la imagen fotográfica de su rostro así mismo la diligencia realizada ha quedado filmada a través de las cámaras instaladas en la sala de lectura, a todo lo cual de forma voluntaria asienten y manifiestan aceptar, obligándose la notaria a no publicar o comercializar dichos datos y/o imágenes. ----------

NOTA: los datos personales aquí aportados, forman parte de los ficheros automatizados existentes en la notaria, serán tratados y protegidos según la ley orgánica 1581 de 2012 de protección de datos de carácter personal, la legislación notaria y las normas que los reglamentan o complementan para el almacenamiento y uso. ----------

NOTA: El suscrito notario autoriza la presente escritura con la toma de firma fuera del despacho del Dr. **ELKIN FERNANDO MARIN MARIN**, actuando en calidad de Presidente Encargado y Representante Legal de la sociedad **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO**, de conformidad con el artículo 12 del decreto 2148 de 1983 y procede con respecto a la Biometría como lo ordena el artículo 3º. de la Resolución 6467 del 11 de junio de 2015 que autoriza la toma de firmas registradas o tomadas fuera del despacho sin que medie verificación contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. -

7O0IUE3Z2H 11-04-22 PO0 03 Notaría 16
THOMAS GREG & SONS.

OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN:---------- ----

LEÍDO: El Notario personalmente, conjuntamente con los Asesores Jurídicos han advertido a las partes sobre la importancia del Acto Jurídico. Les han explicado los requisitos de Ley para su existencia y validez y les han advertido sobre la importancia de obrar de buena fe, conforme a los principios normativos y del derecho y les han instado para que revisen nuevamente las obligaciones, los derechos que contraen y el texto de la escritura, y demás datos del mismo, para lo cual exoneran a la Notaria y a sus funcionarios dado que han revisado, entendido y aceptado lo que firman. A todo lo anterior EL (LA,LOS) COMPARECIENTE(S) dio su asentimiento y en prueba de ello lo firma en esta Oficina, junto con el(la) Suscrito(a) Notario(a), quien de esta forma lo autoriza. ----------

Se utilizaron las hojas de papel notarial números: ----------

PO010587693 - PO010349177- PO010349178- PO010349179

RESOLUCIÓN 00755 DE ENERO 26 DE 2022----------

DERECHOS NOTARIALES COBRADOS	**$**	**66,200.00**----------
SUPERINT. DE NOT. Y REG. :	**$**	**7,150.00** ----------
FONDO NAL. DEL NOT	**$**	**7,150.00** ----------
IVA	**$**	**27,630.00**----------

PO010349179

ESCRITURA PÚBLICA No. CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UNO (4591)

DE FECHA: VEINTISEIS (26) DE SEPTIEMBRE ----------

DEL AÑO DOS MIL VEINTIDOS (2022).----------

OTORGADA EN LA NOTARIA DIECISÉIS (16) DEL CIRCULO DE BOGOTÁ D.C. ----------

EL COMPARECIENTE

NOTARÍA - 16

HUELLA ÍNDICE DERECHOTOMAD A POR:

ELKIN FERNANDO MARIN MARIN

C.C. 71.377.180

DIRECCIÓN: CRA 65 No 11 -83

TELÉFONO / CELULAR: 307 70 70

E-MAIL:

ACTIVIDAD COMERCIAL: Empresa Industrial y Comercial del estado de carácter financiero

ESTADO CIVIL:

ACEPTA NOTIFICACIONES ELECTRONICAS SI__NO_X_

PERSONA EXPUESTA POLÍTICAMENTE DECRETO 1674 DE 2016 SI X_NO__

CARGO: Presidente Encargado

FECHA DE VINCULACIÓN: FECHA DE DESVINCULACIÓN:

Quien obra en calidad de Presidente Encargado y Representante Legal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO - NIT. 899.999.284-4

Se autoriza la firma fuera del Despacho Artículo 2.2.6.1.2.1.5 Decreto 1069 de 2015

2PKLJG7ZE0 11-04-22 PO0103[illegible]
THOMAS GREG & SONS.

JANNETH ROCIO SANTACRUZ MARTÍNEZ

NOTARIA DIECISEIS (16) (E)

DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.

RAD: 21322-2022
RADICO:CARLOS
DIGITO: ADRIANA BAUTISTA
LÍQUIDO:
V.B:
REVISIÓN
PC:

*

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Libertad y Orden

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA JURÍDICA
Revisó
Aprobó

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

DECRETO NÚMERO 1724 **DE 2022**

(23 AGO 2022)

Por el cual se efectúa un encargo en el Fondo Nacional del Ahorro

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 2.2.5.5.41 y 2.2.5.5.43 del Decreto 1083 de 2015

DECRETA

Artículo 1°. ***Encargo.*** Encargar a partir de la fecha del empleo de Presidente Código 0015 Grado 27 del Fondo Nacional del Ahorro, al doctor **ELKIN FERNANDO MARIN MARIN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.377.180, actual Vicepresidente Financiero Código 040 Grado 22 de la misma entidad, mientras se nombra y posesiona el titular del cargo, sin desprenderse de las funciones propias del cargo del cual es titular.

Artículo 2°. ***Comunicación.*** Comunicar a través de la Subdirección de Gestión del Talento Humano del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el presente Acto Administrativo.

Artículo 3°. ***Vigencia.*** El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Dado en Bogotá D.C., a los 23 AGO 2022

MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,

JOSÉ ANTONIO OCAMPO GAVIRIA

16 Notaría

Libertad y Orden

MINHACIENDA

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

ACTA DE POSESIÓN No. 166 **FECHA: 23 DE AGOSTO DE 2022**

En la ciudad de Bogotá D.C., Departamento de Cundinamarca, se presentó en el Despacho del:

MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

El doctor **ELKIN FERNANDO MARIN MARIN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.377.180.

Con el fin de tomar posesión del cargo de: **PRESIDENTE CÓDIGO 0015 GRADO 27 DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

Para el cual se nombró con carácter: **ENCARGO** mediante el **DECRETO N° 1724 DEL 23 DE AGOSTO DE 2022**

Prestó el juramento ordenado por el Artículo No. 2.2.5.1.8 del Decreto 1083 de 2015

FIRMA DEL POSESIONADO **FIRMA DE QUIEN DA POSESIÓN**

16 Notaría

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Certificado Generado con el Pin No: 38410777719862276

Generado el 07 de junio de 2023 a las 23:02:05

ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN

EL SECRETARIO GENERAL (E)

En ejercicio de las facultades y, en especial, de la prevista en el artículo 11.2.1.4.59 numeral 10 del decreto 2555 de 2010, modificado por el artículo 3 del decreto 1848 de 2016.

CERTIFICA

RAZÓN SOCIAL: SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. Y/O FIDUAGRARIA S.A.

NIT: 800159998-0

NATURALEZA JURÍDICA: Sociedad Anónima de Economía Mixta del orden nacional, perteneciente al sector agropecuario vinculada al Ministerio de Agricultura, organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Entidad sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

CONSTITUCIÓN Y REFORMAS: Escritura Pública No 1199 del 18 de febrero de 1992 de la Notaría 29 de BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA). Bajo la denominación de SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. "FIDUAGRARIA S.A.". Sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, perteneciente al sector Agropecuario, vinculada al Ministerio de agricultura.

Escritura Pública No 2394 del 03 de mayo de 1995 de la Notaría 2 de BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA). cambió su razón social por SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. "FIDUAGRARIA S.A." y/o "FIDUAGRARIA S.A."

Escritura Pública No 15615 del 23 de diciembre de 2002 de la Notaría 29 de BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA). cambió su razón social por SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. Y/O FIDUAGRARIA S.A. La sociedad se denomina Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. y/o Fiduagraria S.A., es una sociedad anónima de Economía mixta, del orden nacional sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales de Estado, perteneciente al sector agropecuario, vinculada al Ministerio de Agricultura, organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente

Escritura Pública No 2131 del 01 de noviembre de 2003 de la Notaría 61 de BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA). Se protocolizó el acuerdo de fusión mediante el cual FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. absorbe a la SOCIEDAD FIDUCIARIA INDUSTRIAL S.A. - FIDUIFI S.A. quedando esta última disuelta sin liquidarse (Resolución Superintendencia Bancaria 1086 del 10 de octubre de 2003)

Escritura Pública No 05550 del 13 de noviembre de 2009 de la Notaría 1 de BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA). La Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuarios S.A. Fiduagraria S.A., sociedad anónima de Economía Mixta del orden Nacional, Sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Escritura Pública No 01904 del 19 de mayo de 2010 de la Notaría 1 de BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA). La sociedad se denomina Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., pudiendo utilizar la sigla FIDUAGRARIA S.A.; es una Sociedad Anónima de Economía Mixta del orden nacional constituida mediante Escritura Pública No. 1199 de febrero 18 de 1992 de la notaria 29 del Círculo de Bogotá perteneciente al sector agropecuario, vinculada al Ministerio de Agricultura, organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Oficio No 2012031624 del 25 de abril de 2012 la entidad remite copia actualizada de los estatutos sociales. La sociedad se denomina Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., pudiendo utilizar la sigla

CERTIFICADO VALIDO EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

La validez de este documento puede verificarse en la página www.superfinanciera.gov.co con el númmero de PIN

Certificado Generado con el Pin No: 3841077719862276

Generado el 07 de junio de 2023 a las 23:02:05

ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN

FIDUAGRARIA S.A., es una Sociedad Anónima de Economía Mixta del orden nacional, perteneciente al sector agropecuario vinculada al Ministerio de Agricultura, organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO: Resolución S.B. 4142 del 06 de octubre de 1992

REPRESENTACIÓN LEGAL: El Presidente de FIDUAGRARIA S.A. es designado por la Junta Directiva. El Presidente llevará la representación legal por períodos de dos (2) años, pudiendo ser reelegido en ese carácter indefinidamente o removido en cualquier tiempo. La sociedad tendrá cinco (5) representantes legales suplentes designados por la Junta Directiva para períodos de dos (2) años, pudiendo ser reelegidos en ese carácter indefinidamente o removidos en cualquier tiempo, quienes tendrán y ejercerán la representación legal dentro de los parámetros fijados por la Junta Directiva o por el Presidente de la Fiduciaria. FUNCIONES: Son funciones del Presidente de FIDUAGRARIA S.A. las siguientes: 1 Ejercer la representación legal de FIDUAGRARIA S.A. 2 Ejecutar las decisiones de la Asamblea General de Accionistas y la Junta Directiva. 3 Presentar a la Asamblea General de Accionistas, el balance general y las cuentas e inventarios al finalizar cada ejercicio. 4 Presentar a consideración, de la Junta Directiva la planeación estratégica de la sociedad y los planes y programas para su cumplimiento y hacer seguimiento a su ejecución. 5 Ejercer las funciones que la Junta Directiva le delegue y delegar en los empleados y órganos de FIDUAGRARIA S.A., las funciones que considere dentro de los límites fijados por la Junta Directiva. 6 Implementar las estrategias y políticas aprobadas por la Junta Directiva relacionadas con el control interno, el gobierno corporativo y la administración de riesgos, y velar por su cumplimiento. 7 Presentar a la Asamblea de Accionistas y a la Junta Directiva informe detallados sobre la marcha general de la sociedad y sobre el estado de ejecución de las actividades propias de su objeto social. 8 Ejercer la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección de FIDUAGRARIA S.A., adjudicar y suscribir como representante legal los actos y contratos que deba celebrar FIDUAGRARIA S.A. dentro de las atribuciones señaladas por la Junta Directiva, pudiendo delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de dichos actos o contratos que llegaren a ser necesarios en el ejercicio normal de sus funciones, en los empleados que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. La delegación de la facultad de celebrar contratos se hará con sujeción a las cuantías que señale la Junta Directiva. 9 Convocar la Asamblea General de Accionistas y a la Junta Directiva a sesiones ordinarias y a las extraordinarias que estime conveniente. 10 Constituir mandatarios que representen a FIDUAGRARIA S.A. en asuntos judiciales y extrajudiciales. La designación de dichos mandatarios debe recaer en personas legalmente habilitadas para actuar y deberá cumplir las exigencias relacionadas con la publicidad en el registro mercantil y demás que señale la Ley. 11 Fijar las funciones, dirigir, coordinar, vigilar y controlar el personal de FIDUAGRARIA S.A. y la ejecución de las actividades y programa de la sociedad. 12 Crear e implementar los comités internos adicionales que requiera la sociedad para el control, promoción, y en general, el buen funcionamiento de los negocios fiduciarios administrados por FIDUAGRARIA S.A. 13 Contratar, promover, y remover el personal al servicio de FIDUAGRARIA S.A., y dictar los actos necesarios para la administración del mismo, conforme a las disposiciones vigentes, excepto aquellos que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo Trigésimo primero de los presentes Estatutos son nombrados y removidos por la Junta Directiva. 14 Promover el recaudo de los ingresos, ordenar los gastos y en general dirigir las operaciones propias de FIDUAGRARIA S.A. dentro de la descripción de la Ley, de las disposiciones de la Asamblea General de Accionistas y de la Junta Directiva. 15 Velar por la correcta aplicación de los fondos y el debido mantenimiento y utilización de los bienes de FIDUAGRARIA S.A. 16 Certificar que los estados financieros y otros informes relevantes para el público no contienen vicios, imprecisiones o errores que impidan conocer la verdadera situación patrimonial o las operaciones de FIDUAGRARIA S.A. 17 Las demás que la ley determine o que se relacionen con el funcionamiento y organización de FIDUAGRARIA S.A. y que le correspondan. (Escritura Pública 0973 del 17 de mayo de 2012 Notaria 63 de Bogotá). PARÁGRAFO SEGUNDO: El Director de Asuntos Litigiosos de FIDUAGRARIA S.A., tendrá y ejercerá la representación legal de la sociedad para efectos judiciales y/o extrajudiciales, estos últimos con el fin de prevenir o servir como requisito de procedibilidad ante posibles acciones de carácter judicial exclusivamente. (E.P. 1530 del 30/nov/2015 Not 28 Bta)

CERTIFICADO VÁLIDO EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Certificado Generado con el Pin No: 3841077719862276

Generado el 07 de junio de 2023 a las 23:02:05

ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN

Que figuran posesionados y en consecuencia, ejercen la representacilegal de la entidad, las siguientes personas:

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN	CARGO
Guillermo Javier Zapata Londoño Fecha de inicio del cargo: 23/07/2020	CC - 3517954	Presidente
Juan José Duque Liscano Fecha de inicio del cargo: 18/12/2015	CC - 79780252	Suplente del Presidente -(Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 164 del Código de Comercio, con información radicada con el número P2018000252-000 del día 16 de febrero de 2018, la entidad informa que con documento del 30 de enero de 2018 renunció al cargo de Suplente del Presidente, fue aceptada por la Junta Directiva en acta 331 del 9 de febrero de 2018. Lo anterior de conformidad con los efectos establecidos por la Sentencia C-621 de julio 29 de 2003 de la Constitucional).
Dennis Fabian Bejarano Rodriguez Fecha de inicio del cargo: 02/06/2016	CC - 80259775	Suplente del Presidente
Andrés Enrique Rodríguez Arevalo Fecha de inicio del cargo: 19/10/2017	CC - 11257506	Suplente del Presidente
María Margarita Díaz Sánchez Fecha de inicio del cargo: 06/10/2022	CC - 51867328	Suplente del Presidente
Mauricio Ordoñez Gómez Fecha de inicio del cargo: 12/07/2018	CC - 79553835	Suplente del Presidente
Jaime Alberto Afanador Parra Fecha de inicio del cargo: 05/05/2022	CC - 94520272	Suplente del Presidente
Andrés Fernando Rubio Castro Fecha de inicio del cargo: 25/11/2020	CC - 1031125107	Representante Legal para Asuntos Judiciales y Extrajudiciales

VÁLIDO EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

JOSUÉ OSWALDO BERNAL CAVIEDES
SECRETARIO GENERAL ENCARGADO

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Certificado Generado con el Pin No: 3841077719862276

Generado el 07 de junio de 2023 a las 23:02:05

ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN

"De conformidad con el artículo 12 del Decreto 2150 de 1995, la firma mecánica que aparece en este texto tiene plena validez para todos los efectos legales."

CERTIFICADO VÁLIDO EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

La validez de este documento puede verificarse en la página www.superfinanciera.gov.co con el númmero de PIN

Certificado Generado con el Pin No: 2081511405831444

Generado el 07 de junio de 2023 a las 23:00:50

ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN

EL SECRETARIO GENERAL (E)

En ejercicio de las facultades y, en especial, de la prevista en el artículo 11.2.1.4.59 numeral 10 del decreto 2555 de 2010, modificado por el artículo 3 del decreto 1848 de 2016.

CERTIFICA

RAZÓN SOCIAL: FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO

NIT: 899999284-4

NATURALEZA JURÍDICA: Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero de Orden Nacional, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, estará vinculado al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial. Entidad sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

CONSTITUCIÓN Y REFORMAS: Decreto Ley No 3118 del 26 de diciembre de 1968 constituido como una persona jurídica autónoma, Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero dotada de personería Jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico , bajo la denominación FONDO NACIONAL DE AHORRO.

Ley No 432 del 29 de enero de 1998 Por la cual se reorganiza la entidad y se transforma su naturaleza jurídica en empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la citada Ley, queda sometido a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y se dispone su afiliación al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras

Decreto No 1453 del 29 de julio de 1998 , es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del Orden Nacional, con un régimen legal propio, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, organizada como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y capital independiente. Derogado por el artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 del 15 de julio de 2010.

Decreto No 1454 del 29 de julio de 1998 , es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del Orden Nacional, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, organizada como establecimiento de crédito, de naturaleza especial, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

Decreto No 1132 del 29 de junio de 1999 El Fondo Nacional de Ahorro es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente. Estará vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Decreto No 2575 del 23 de diciembre de 1999 , deja de estar vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y queda vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico.

Decreto No 216 del 03 de febrero de 2003 Empresa Industrial y Comercial del Estado, estará vinculado al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial

Resolución No 1713 del 03 de noviembre de 2005 , el Superintendente Bancario levanta la medida cautelar de vigilancia especial que recayó sobre el Fondo Nacional de Ahorro y que se implementó mediante la Resolución No. 0616 del 20 de junio de 2003.

CERTIFICADO VALIDO EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Certificado Generado con el Pin No: 2081511405831444

Generado el 07 de junio de 2023 a las 23:00:50

ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN

Ley No 1167 del 21 de noviembre de 2007 , modifica su razón social de FONDO NACIONAL DE AHORRO por el de FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO

Decreto No 2555 del 15 de julio de 2010 Artículo 10.5.10.1.7 (Artículo 7 del Decreto 1200 de 2007) Libranzas. Podrá convenirse el sistema de libranzas para el ahorro o el pago de créditos, cuando los afiliados o deudores así lo acepten voluntaria y expresamente, para cuyo efecto, el Fondo Nacional del Ahorro deberá adelantar las gestiones necesarias.

AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO: Resolución S.B. 2200 del 19 de octubre de 1998

REPRESENTACIÓN LEGAL: La representación legal del Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo estará a cargo del Presidente, quien será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción. FUNCIONES: Serán funciones del presidente. a) Dirigir, coordinar, vigilar, controlar y evaluar la ejecución y cumplimiento de los objetivos, políticas, planes, programas y proyectos inherentes al desarrollo del objeto del Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo de conformidad con las directrices trazadas por la Junta Directiva. b) Ejercer la representación legal de la Empresa, con arreglo a las disposiciones vigentes y los estatutos. c) Constituir mandatarios y apoderados que representen a la Empresa en los asuntos judiciales, administrativos y demás de carácter litigioso. d) Dirigir las políticas, planes, programas y proyectos institucionales para el recaudo, pago oportuno y protección contra la pérdida de valor de las cesantías. e) Dirigir las políticas, planes, programas y proyectos institucionales de crédito y demás productos o servicios competencia de la Empresa de acuerdo con las normas vigentes. f) Dirigir la gestión comercial de la Empresa, que involucre el diseño de mercadeo, la divulgación y capacitación, la afiliación de nuevas personas y la administración y fidelización de quienes ya se encuentran afiliados. g) Dirigir la gestión integral de servicio al cliente, encaminada a la atención de los ciudadanos, empleadores, afiliados y demás grupos de interés que permitan satisfacer de forma efectiva, sus necesidades. h) Impartir directrices para el diseño e implementación del sistema de administración integral de riesgos, de acuerdo con la normatividad legal vigente. i) Administrar y velar por la adecuada utilización de los bienes y fondos que constituyen el patrimonio de la Empresa. j) Dirigir planes, programas y proyectos para una gestión tecnológica de la Empresa que fortalezca la productividad y competitividad de la organización y genere las capacidades de transformación digital para mejorar el desempeño de sus productos y servicios en el mercado. k) Presentar a consideración ya aprobación de la Junta Directiva, los planes y programas que se requieran para el desarrollo del objeto de la Empresa. l) Presentar para consideración y aprobación de la Junta Directiva el proyecto de presupuesto, sus adiciones y traslados, así como los estados financieros, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia. m) Presentar para estudio y aprobación de la Junta Directiva los proyectos de modificación y ajuste a los estatutos, la estructura interna y la planta de personal de la Empresa. n) Desarrollar y dirigir el cumplimiento de las decisiones y acuerdos de la Junta Directiva y rendir los informes que le sean solicitados. o) Dirigir la ejecución presupuestal, comprometer y ordenar el gasto, suscribir los actos, y celebrar los contratos y convenios que se requieran para el normal funcionamiento de la Empresa. p) Nombrar, remover y dar posesión a los empleados públicos de la Empresa que no corresponda a otra autoridad, contratar y dar por terminado los contratos de los trabajadores oficiales y aplicar el régimen disciplinario, de conformidad con las normas legales vigentes. q) Dirigir las relaciones laborales de la Empresa, así como expedir los actos relacionados con la administración del talento humano. r) Crear y organizar las instancias de coordinación interna y los grupos internos de trabajo que estime necesarias para el cumplimiento de la misión institucional. s) Dirigir las políticas para el fortalecimiento y mantenimiento de la cultura de autocontrol, y la implementación, mantenimiento y mejora del Sistema Integrado de Gestión Institucional. t) Las demás inherentes a la naturaleza de la dependencia, las establecidas por la Ley, los reglamentos o los estatutos. (Acuerdo 2468 del 29 de junio de 2022)

Que figuran posesionados y en consecuencia, ejercen la representacilegal de la entidad, las siguientes personas:

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN	CARGO
Gilberto Rondon González Fecha de inicio del cargo: 21/10/2022	CC - 6760419	Presidente

CERTIFICADO VALIDO EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Certificado Generado con el Pin No: 2081511405831444

Generado el 07 de junio de 2023 a las 23:00:50

ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN

JOSUÉ OSWALDO BERNAL CAVIEDES
SECRETARIO GENERAL ENCARGADO

"De conformidad con el artículo 12 del Decreto 2150 de 1995, la firma mecánica que aparece en este texto tiene plena validez para todos los efectos legales."

CERTIFICADO VÁLIDO EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ARBITRAL DE

FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO

contra

DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., Julio 28 de 2022

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitraje profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO como convocante y DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. como convocada, en razón del contrato de compraventa celebrado el veinte (20) de noviembre de 2017 (en adelante el "CONTRATO) y el trámite del llamamiento en garantía en contra del PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS, cuya vocera es la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA, promovido por DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. con ocasión del contrato de fiducia número FID – 053 – 2017 celebrado el veintidós (22) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), previo recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares.

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO PRINCIPAL

El veinte (20) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO y DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S., se celebró un contrato de compraventa de cartera cuyo objeto consistía en la venta y correlativa compra de obligaciones de cartera hipotecaria vencida judicializada[1].

2. EL CONTRATO DE FIDUCIA

El veintidós (22) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), entre DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. y SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA, se celebró el contrato de FIDUCIA

[1] *"SEGUNDA. – OBJETO: El objeto del presente CONTRATO es la compra por parte del COMPRADOR y la venta por parte del VENDEDOR de la CARTERA HIPOTECARIA JUDICIALIZADA, en los términos y condiciones que se señalan a continuación:*
PARÁGRAFO PRIMERO: COMPRAVENTA DE LA CARTERA HIPOTECARIA: Por virtud del presente CONTRATO, el VENDEDOR transfiere como una única universalidad jurídica, a favor del COMPRADOR, mediante cesión o endoso sin responsabilidad, a título de compraventa en firme y definitiva y con fecha efectiva a la FECHA DE CELEBRACIÓN, la CARTERA HIPOTECARIA JUDICIALIZADA, detallada en el Anexo No. 1.
El COMPRADOR acepta la transferencia de las obligaciones adquiridas en el estado en que se encuentran a la FECHA DE CELEBRACIÓN y, en contraprestaciones, se obliga a pagar al VENDEDOR el PRECIO DE COMPRA TOTAL en los términos establecidos en la cláusula [QUINTA] de este CONTRATO, sin desconocer lo pactado en la cláusula OCTAVA del presente contrato.
PARÁGRAFO SEGUNDO: Alcance de la compraventa de CARTERA HIPOTECARIA: i) Los créditos objeto de este CONTRATO corresponden al paquete descrito en el ANEXO No. 1 de este CONTRATO. ii) A la FECHA DE CORTE la sumatoria de SALDO BRUTO DE CAPITAL asciende a la cifra señalada en el ANEXO No. 1. iii) El VENDEDOR entregará al COMPRADOR un documento contentivo de dicha actualización dentro de los diez (10) días hábiles a la FECHA DE CELEBRACIÓN, en la cual se actualizará el número de créditos y el saldo bruto de capital. iv) La transferencia de la CARTERA HIPOTECARIA, comprende todo derecho, título, interés, acción, accesorio o privilegio inherente a los mismos, que tenga el VENDEDOR sobre los ACTIVOS ENAJENADOS a la FECHA DE CELEBRACIÓN. v) Los pagos que los DEUDORES realicen sobre los créditos materia de este CONTRATO, ya sean parciales o totales, que sean recibidos por el VENDEDOR antes de la FECHA DE CELEBRACIÓN serán de su propiedad y se descontarán del SALDO BRUTO DE CAPITAL. Cualquier pago que se reciba después de la FECHA DE CELEBRACIÓN y en adelante serán de propiedad exclusiva del COMPRADOR, en los cuales se considerará el traslado de los pagos por cesantías previa verificación de la autorización otorgada por el deudor.

MERCANTIL DE GARANTÍA, DE ADMINISTRACIÓN PAGOS Y FUENTE DE PAGO No. FID-053-2017 con el fin de, entre otros, recaudar y administrar la cartera y demás bienes fideicomitidos.[2]

3. EL PACTO ARBITRAL

En la cláusula vigésima del contrato de compraventa las partes pactaron lo siguiente:

> ***"VIGÉSIMA. -SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES:*** *Para la solución de las controversias que pudieren surgir con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución y liquidación del CONTRATO, se puede acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como: la conciliación, el arreglo directo y la transacción.*
> *Para tal efecto, las partes dispondrán de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas requiera a la otra, por escrito en tal sentido y se señale de común acuerdo el mecanismo a utilizar, a través de comunicación escrita entre las partes, término éste que podrá ser prorrogado de común acuerdo.*
> *Salvo en el evento en que se pueda tramitar el conflicto a través de un proceso ejecutivo evento en el cual dicho conflicto lo resolverán los jueces competentes, los litigios, controversias o reclamaciones resultantes de este documento y de toda enmienda del mismo, incluyendo en particular, su eficacia, existencia, validez, obligatoriedad, oponibilidad, interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación, resolución o liquidación será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento para su solución definitiva, el cual estará sujeto a las siguientes reglas:*

[2] "Constituir un Patrimonio Autónomo de garantía, administración, pagos y fuente de pago con los Bienes Fideicomitidos con el fin de que la Fiduciaria (i) realice el recaudo y administración de la cartera y demás bienes que deban ser transferidos al Fideicomiso, (ii) realice los pagos al Beneficiario de la Fuente de Pago conforme a lo dispuesto en la cláusula quinta del Contrato de Compraventa con los recursos del Fondo de Reserva y finalmente (iii)ejecutar el procedimiento establecido en el presente contrato, en el evento que el Fideicomitente incumpla en el pago de la obligación para con el Beneficiario de la Fuente de Pago.
PARÁGRAFO PRIMERO: El Patrimonio Autónomo que se constituye mediante la suscripción de este contrato se denominará PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS. PARÁGRAFO SEGUNDO: Los pagos a favor del Beneficiario de la Fuente de Pago quedan sujetos a la existencia de recursos disponibles en el Patrimonio Autónomo, para lo cual el Fideicomitente se obliga a mantener la disponibilidad de recursos suficientes para realizar los pagos al Beneficiario de la Fuente de Pago de conformidad con la cláusula quinta del Contrato de Compraventa."

a. El Tribunal fallará en derecho conforme a las leyes de la República de Colombia, funcionará en la ciudad de Bogotá y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
b. Estará integrado por tres (3) árbitros cuya designación la hará el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la cual se intentará en primer lugar por mutuo acuerdo de las partes. Si transcurridos treinta (30) días de la convocatoria del Tribunal radicada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación respectivo, las partes no se hubieren puesto de acuerdo con la designación de los árbitros, cualquiera de ellas podrá pedir su designación al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual los seleccionará por sorteo en presencia de las partes, de una lista elaborada de común acuerdo por ellas y que puede ser presentada durante los quince (15) días comunes siguientes contados a partir de la fecha de solicitud de constitución del Tribunal. Esa lista debe contener el nombre de diez (10) abogados reconocidos profesionalmente como expertos en derecho financiero, tales como profesores universitarios en la materia, autores de libros sobre la materia o abogados inscritos dentro de la especialización de derecho financiero en las listas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. De no llegarse a un acuerdo de los nombres que componen la lista en el término indicado, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá realizará el sorteo de los árbitros de las listas de árbitros especialistas en derecho financiero y comercial en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.
c. La organización del Tribunal de Arbitramentos se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
Los gastos del Tribunal de Arbitramento se regirán conforme a las disposiciones contenidas en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
Las obligaciones de las Partes establecidas en este contrato no se suspenden por el hecho de que se presenten disputas, inclusive durante el tiempo en que se estén resolviendo."

4. PARTES PROCESALES

4.1. Parte Convocante:

FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO (en adelante FONDO o el FONDO) empresa industrial y comercial del Estado, identificada

con el NIT 899.999.284-4, representada legalmente por la señora MARÍA CRISTINA LONDOÑO JUAN.

4.2. Parte Convocada:

DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. (en adelante DISPROYECTOS), sociedad comercial legalmente constituida mediante escritura pública No. 2354 del 27 de marzo de 1996, e inscrita el 27 de mayo de 1996 bajo el No. 539372 del libro IX, con matrícula mercantil No. 00706457, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con el NIT 830.017.544-0, representada por el señor RAFAEL LEONARDO ARANDIA URIBE.

4.3. Llamado en garantía:

PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS, constituido en virtud del contrato de fiducia número FID – 053 – 2017 cuya vocera es la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA (en adelante FIDUAGRARIA), identificado con el NIT No. 830.053.630-9, representada legalmente por el señor GUILLERMO JAVIER ZAPATA LONDOÑO.

5. ETAPA INICIAL

5.1. Mediante apoderado, el seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020), el FONDO presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral en contra de DISPROYECTOS con ocasión del contrato de compraventa de cartera suscrito entre las partes.

5.2. De conformidad con lo acordado en la cláusula compromisoria y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 2.24 del Reglamento Interno del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Centro convocó a la reunión de designación de árbitros el diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020).

5.3. En la fecha antes indicada, solo la parte convocante asistió a la reunión de designación de árbitros. De conformidad con lo establecido en la cláusula compromisoria, el funcionario de la Cámara de Comercio otorgó a las partes hasta el veinte (20) de marzo de dos mil veinte (2020) para designar de común acuerdo los árbitros que integrarían el Tribunal Arbitral, y les informó que, en caso de no designarlos, las partes tendrían hasta el seis (6) de abril de dos mil veinte (2020) para remitir al Centro las listas de abogados de la cual se realizará el sorteo.

5.4. El veinte (20) de abril de dos mil veinte (2020), el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá consultó a las partes por el avance en la designación de los árbitros que integrarían el Tribunal Arbitral.

5.5. El veintiuno (21) de abril de dos mil veinte (2020), en respuesta a la comunicación previamente citada, el apoderado de la parte convocante informó sobre la imposibilidad de avanzar en la designación de árbitros de común acuerdo.

5.6. El veintidós (22) de abril de dos mil veinte (2020), el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá notificó a las partes que, teniendo en cuenta lo manifestado en la comunicación electrónica del veintiuno (21) de abril de dos mil veinte (2020) y de conformidad con la cláusula arbitral y lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 14 de la Ley 1563 de

2012, la designación de los árbitros se llevaría a cabo por sorteo público bajo las especialidades de derecho financiero y comercial el veintiocho (28) de abril de dos mil veinte (2020).

5.7. En la fecha y en la forma señalada, se designaron como árbitros a los doctores MANUEL ENRIQUE CIFUENTES MUÑOZ, ANTONIO EDUARDO GÓMEZ MERLANO y EVER LEONEL ARIZA MARÍN, quienes aceptaron oportunamente el cargo.

5.8. El tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), se instaló el Tribunal y se inadmitió la demanda la cual fue oportunamente subsanada.

5.9. El doce (12) de junio de dos mil veinte (2020), mediante auto No. 3, se admitió la demanda la cual fue debidamente notificada a la parte demandada.

5.10. El catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020) el apoderado de la convocada presentó escrito de contestación, demanda de reconvención y llamó en garantía a FIDUAGRARIA.

5.11. El veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020), mediante auto No. 8 se admitió la demanda de reconvención y a continuación, mediante auto No. 9 se admitió igualmente el llamamiento en garantía.

5.12. El siete (7) de diciembre de dos mil veinte (2020), el FONDO contestó la demanda de reconvención.

5.13. El diecisiete (17) de diciembre de dos mil veinte (2020), FIDUAGRARIA contestó el llamamiento en garantía.

5.14. El cinco (5) de mayo de dos mil veintiuno (2021), se dio inicio a la audiencia de conciliación la cual fue suspendida por solicitud de las partes y concluida el veinte (20) de mayo siguiente, sin acuerdo alguno.

5.15. A continuación, mediante auto No. 20, se fijaron los honorarios y gastos del proceso los cuales fueron pagados oportunamente.

5.16. El veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el árbitro ANTONIO GÓMEZ MERLANO en ejercicio del deber de información reveló una situación de relevancia para el proceso. Por lo anterior, el siete (7) de junio de dos mil veintiuno (2021) fue sustituido por el doctor GONZALO MÉNDEZ MORALES en su calidad de árbitro suplente, quien aceptó la designación.

5.17. El veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021), mediante auto No. 21, el Tribunal se recompuso y fijó fecha para celebrar la primera audiencia de trámite.

5.18. El doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021), tuvo lugar esa audiencia en la cual el Tribunal se declaró competente para decidir las controversias sometidas a su consideración y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

6. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

6.1. La demanda principal

6.1.1. Los hechos de la demanda

Las alegaciones de hecho en las que la convocante apoya sus pretensiones

bien pueden compendiarse en síntesis del siguiente modo:

- El veinticuatro (24) de enero de dos mil diecisiete (2017), el presidente del FONDO solicitó a la Vicepresidencia de Riesgos de la entidad realizar un análisis sobre la conveniencia de titularizar la cartera vencida del Fondo. Ese mismo día, ante el Comité de Cobranzas, la Vicepresidencia de Riesgos presentó propuesta de venta de la cartera judicializada

- El nueve (9) de febrero de dos mil diecisiete (2017), mediante memorando No. 03-2303-201702090001992, la Vicepresidencia de Riesgos del FONDO consultó a la Oficina Jurídica de la misma entidad sobre la viabilidad de la propuesta de la venta de la cartera judicializada, quien emitió respuesta en los siguientes términos: "*En cuanto a su la celebración de los anteriores contratos debe ser llevado o no a la Junta Directiva del FONDO, es del caso anotar que conforme a lo previsto en los Estatutos Internos de la empresa, corresponde al Presidente de la misma administrar y velar por la adecuada utilización de los bienes y fondos que constituyen el patrimonio de la empresa, por lo cual si la negociación propuesta obedece al giro ordinario de los negocios del FNA y se procede dentro del marco jurídico previamente definido, se considera que no es necesaria la intervención de la Junta Directiva para su celebración*".

- El diez (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017), la Oficina Jurídica del FONDO mediante memorando No. 03-2303-20170210002076 dio respuesta a la solicitud de la Vicepresidencia de Riesgos sobre el posible detrimento económico por la venta de cartera "*cuyo pago de precio implica la creación de una "cuenta por cobrar" con "tasa cero""*", en los siguientes términos: por un lado, "*en caso de que el Fondo decidiera enajenar su cartera a entidades*

como la Central de Inversiones – CISA, no se constituía detrimento patrimonial por el principio de unidad de caja" y por otro lado, "*En consecuencia, no toda operación que genere pérdidas implica por si un detrimento patrimonial, como tampoco puede afirmarse que las operaciones neutras o que generen utilidad o rendimientos están exentas o blindadas de control fiscal en caso de haberse realizado en un contexto contrario a los fines del Estado, (…)*".

- Conforme con las dependencias del FONDO, el proyecto de contrato de compraventa de cartera hipotecaria vencida judicializada estaría exceptuado de la aplicación del manual de procedimiento de contratación del FONDO en virtud de lo dispuesto en el numeral 2.6. de ese documento.

- El FONDO inició un proceso de invitación a ofertar que se declaró fallido.

- Del veinticinco (25) de abril al diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), el FONDO procedió a realizar invitación directa la cual igualmente se declaró fallida.

- El doce (12) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), el FONDO realizó invitación a participar en el proceso de venta de cartera judicializada por el correo electrónico a un número de inversionistas determinados (Refinancia S.A.S., Central de Inversiones S.A. - CISA, Covinoc S.A., Fiduagraria S.A., Akerman Construcciones S.A.S. CI y Sistemcobro S.A.S.,).

- El dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017), mediante memorando No. 03-2303-201710030014275 se dio alcance a la comunicación No. 03-2303-201702090001992 a través de la cual la Oficina Jurídica del FONDO informó a la Vicepresidencia de Riesgos que "*a fin de precisar que si la venta propuesta corresponde a las indicadas puntualmente en precedencia en este*

escrito, podrá realizarse sin intervención de la Junta Directiva del FNA, pues las funciones de Junta consagradas en los estatutos del FNA, se cumplieron en su oportunidad para los eventos señalados, lo cual se puede verificar al estar inserta la aprobación de la Junta a través de adopción de reglamentos, manuales, etc, que dan fe de cumplimiento de (sic) funciones estatutarias al respecto".

- El veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017), el FONDO recibió propuesta formal de DISPROYECTOS.

- El treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017), el FONDO aceptó la propuesta de DISPROYECTOS y señaló que el negocio se perfeccionaría "*una vez se realice el proceso de debida diligencia y la conciliación de las reglas contractuales*".

- El veinte (20) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), entre el FONDO y DISPROYECTOS se celebró un contrato de compraventa de cartera cuyo objeto consistía en la venta y correlativa compra de obligaciones de cartera hipotecaria vencida judicializada.

- El plazo inicial fue pactado en ochenta y cuatro (84) meses.

- El veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), la Superintendencia Financiera formuló pliego de cargos en contra del FONDO, bajo el No. 2018128102-0000, como resultado del proceso de supervisión en relación con el contrato de compraventa de cartera en comento por: (i) Falta de Capacidad Legal del Fondo para el otorgamiento de crédito para la adquisición de la Cartera Negociada y (ii) Falta de Aprobación de la operación por parte de la Junta Directiva del FONDO.

- El veintidós (22) de octubre de dos mil dieciocho (2018), el Comité de Cobranzas del FONDO modificó la cláusula décima octava del contrato "*disminuyendo la formalización del FONDO DE RESERVA A $5.000 millones en noviembre de 2018 y tanqueándolo anualmente con $5.000 millones hasta completar $20.000 en noviembre de 2021. Adicionalmente se aprueba que como garantía adicional y como condición para realizar el OTROSÍ al contrato de Venta de Cartera se debe modificar la Cláusula Novena del Contrato de Fiducia por parte de DISPROYECTOS, donde se amplié (sic) el porcentaje destinado al FONDO DE RESERVA pasando de 35% al 60% del saldo total recaudado mensual*".

- El FONDO respondió el pliego de cargos de la Superintendencia Financiera en el sentido de señalar que "*la facultad para la aprobación de la operación estaba en cabeza del Comité de Cobranzas para lo que se aportó los documentos que requirió la entidad.*"

- Conforme con la demanda, para agosto de 2019, DISPROYECTOS había incumplido con la cláusula décima octava del contrato, toda vez que el Fondo de Reserva contaba con un saldo de $3.587.000.000 millones.

6.1.2. Las pretensiones de la demanda principal

Las pretensiones contenidas en la demanda arbitral son las siguientes:

> "***3.1. Principales***
>
> ***3.1.1.*** *Que se declare la* ***nulidad absoluta*** *del contrato de compraventa de cartera celebrado entre el FONDO y la sociedad DISPROYECTOS S.A.S. el día veinte (20) de noviembre del año dos mil diecisiete (2017) por haberlo suscrito con desconocimiento de las normas imperativas de derecho a las que debía restringirse o con desconocimiento de los principios de contratación estatal o con detrimento patrimonial de los*

recursos públicos del Fondo.

3.1.1.1. *Como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene a DISPROYECTOS S.A.S regresar al FONDO los créditos que están en proceso de cobro o no han sido cobrados para que su titularidad corresponda nuevamente a la entidad financiera.*

3.1.1.2. *Que, como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato, se compulse copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República a los exfuncionarios del Fondo Nacional del Ahorro que intervinieron en la relación contractual, con el objetivo de que los entes de control determinen si a estos se puede atribuir responsabilidad disciplinaria y/o fiscal.*

3.2. Subsidiarias:

3.2.1. *Que se declare el* ***incumplimiento*** *de las obligaciones del Contrato de compraventa de cartera celebrado entre el FONDO y la sociedad DISPROYECTOS S.A.S.*

3.2.1.1. *Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a DISPROYECTOS S.A.S. al pago de la suma señalada en el juramento estimatorio o el valor mayor o menor de lo que se logre probar en el proceso.*

3.2.1.2. *Que, como consecuencia de lo anterior, se proceda a la terminación y liquidación del contrato de compraventa de cartera celebrado.*

3.2.1.3. *Que, a título de indemnización, se efectúen en favor del FONDO el pago de las sumas de dinero que se prueben en el proceso por los perjuicios causados en razón del incumplimiento de DISPROYECTOS S.A.S. de la cláusula décima octava del contrato de compraventa.*

3.2.1.4. *Que se condene a la sociedad DISPROYECTOS S.A.S. a pagar los intereses de las sumas que resulten probadas en el proceso con ocasión del incumplimiento del contrato, en los términos previstos en el artículo 884 del Código del Comercio.*

3.2.2. *Que las sumas reconocidas y pagadas en favor del FONDO sean reajustadas conforme a la variación del índice de precios del consumidor (IPC) certificadas por el DANE a partir de la fecha de terminación del contrato hasta la de finalización del presente proceso.*"

6.2. La contestación a la demanda principal

En escrito presentado oportunamente DISPROYECTOS contestó la demanda arbitral.

En esta oportunidad aceptó algunos hechos, negó los restantes y en algunos casos señaló que no eran relevantes.

En lo que se refiere a las pretensiones, la parte Convocada se opuso a todas las formuladas en la demanda y planteó, en síntesis, las siguientes excepciones:

"1. CONDICIÓN NO CUMPLIDA -PRETEMPORALIDAD DE LA ACCIÓN."
"2. ILEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA."
"3. CULPA DEL ACCIPIENS"
"4. FALTA DE JURISDICCIÓN".
"5. INOPONIBILIDAD"
"6. EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES".

6.3. La demanda de reconvención

6.3.1. Los hechos de la demanda de reconvención

Las alegaciones de hecho en las que la convocada apoya sus pretensiones bien pueden compendiarse en síntesis del siguiente modo:

- El veinte (20) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) las partes suscribieron un contrato de compraventa de cartera hipotecaria judicializada, en el que el FONDO fungió como vendedor y DISPROYECTOS como comprador.

- el FONDO se comprometió a entregar en el término de treinta (30) días siguientes a la firma del contrato, los bienes objeto de la venta.

- el FONDO incumplió su obligación ya que para el diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) se encontraban pendientes de entrega

450 memoriales de cesión y 611 carpetas comerciales.

- El incumplimiento ha generado perjuicios de orden económico a DISPROYECTOS, por cuanto ha pagado de su patrimonio la suma de tres mil ochocientos setenta y dos millones de pesos moneda corriente ($3.872'000.000).

- Los perjuicios por concepto de daño emergente ascienden a la suma antes indicada y por lucro cesante a los intereses dejados de percibir desde el momento en que se realizaron los pagos, y hasta que se reintegre ese dinero, más los gastos de administración que DISPROYECTOS ha debido asumir.

6.3.2. Las pretensiones de la demanda de reconvención

Las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención son las siguientes:

> *"1ª. DECLARAR que el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, INCUMPLIÓ el contrato de COMPRAVENTA DE CARTERA HIPOTECARIA JUDICIALIZADA, en el que el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** fungió como VENDEDOR y la **SOCIEDAD DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. – DISPROYECTOS S.A.S.** como COMPRADORA, suscrito en Bogotá D.C., el día veinte (20) de noviembre de 2017.*
> *2ª. Como consecuencia de la (sic) anterior, DECLARAR RESUELTO el contrato de COMPRAVENTA DE CARTERA HIPOTECARIA JUDICIALIZADA, en el que el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** fungió como VENDEDOR y la **SOCIEDAD DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. – DISPROYECTOS S.A.S.** como COMPRADORA, suscrito en Bogotá D.C., el día veinte (20) de noviembre de 2017.*
> *3ª. DECLARAR que, por el incumplimiento al contrato citado, del (sic) **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** ha causado PERJUICIOS MATERIALES a la **SOCIEDAD DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. – DISPROYECTOS S.A.S.***
> *4ª. DECLARAR que, el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, a título de PERJUICIOS MATERIALES debe a favor de la **SOCIEDAD DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. –DISPROYECTOS S.A.S.**, la suma de SIETE*

MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 7.232.896.000) M/cte., como daño emergente y lucro cesante, los que debe reintegra a la sociedad demandante en reconvención en el término de los cinco (5) días siguientes al de la ejecutoria del fallo que así lo determine.
5ª. a título de LUCRO CESANTE los convocantes adeudan los intereses que se sigan causando desde la presentación de la demanda de reconvención sobre la suma de $3.872'000.000.00, que se erogaron como daño emergente y hasta que se emita la decisión final por parte del Honorable Tribunal. Los intereses liquidados lo son a la tasa del artículo 884 del Código de Comercio bancarios moratorios más altos autorizados legalmente, por tratarse de obligaciones de orden comercial.
6ª ***CONDENAR*** *a la demanda (sic) en reconvención al pago de las costas y gastos del proceso"*

6.3.3. La contestación a la demanda de reconvención

En escrito presentado oportunamente el FONDO contestó la demanda de reconvención.

En esta oportunidad aceptó algunos hechos y negó los restantes. En lo que se refiere a las pretensiones, se opuso a todas ellas y formuló las excepciones que denominó así:

- *"Inexistencia de incumplimiento a las obligaciones del FNA correspondientes a la entrega de información para ejecución del Contrato de Compraventa de Cartera."*
- *"Excepción de contrato no cumplido"*
- *"La sociedad DISPROYECTOS S.A.S incumplió con las obligaciones del contrato de Compraventa de Cartera, toda vez que, no realizó los pagos a los que se comprometió en favor del FNA por concepto del Fondo de Reserva."*

6.4. El llamamiento en garantía

6.4.1. Los hechos del llamamiento en garantía

Las alegaciones de hecho en las que la convocada apoya el llamamiento en

garantía bien pueden compendiarse en síntesis del siguiente modo:

- En razón al contrato de compraventa de cartera hipotecaria judicializada, DISPROYECTOS suscribió con la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. -FIDUAGRARIA, el contrato número FID-053-2017 de fiducia mercantil de garantía, de administración pagos y fuente de pago.

- DISPROYECTOS ha pagado con su patrimonio la suma de tres mil ochocientos setenta y dos millones de pesos moneda corriente ($3.872'000.000) a la fiduciaria FIDUAGRARIA, con destino al Fondo de Reserva del encargo fiduciario.

- En razón al contrato de fiducia mercantil, se tiene por parte de la llamante en garantía, el derecho de exigir a este tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir o de los pagos que llegue a realizar debido a una condena en su contra.

6.4.2. La pretensión del llamamiento en garantía

En el llamamiento en garantía se solicitó vincular a la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. -FIDUAGRARIA, en los siguientes términos:

> "*Sírvanse Honorable magistrados, en caso de que la condena sea a cargo y en contra de la convocada, DECLARAR que la llamada en garantía debe cubrir el 100% de las condenas impuestas a la convocada, en razón al contrato de fiducia*".

6.4.3. La contestación del llamamiento en garantía

En escrito presentado oportunamente, la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE

DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. -FIDUAGRARIA contestó el llamamiento en garantía.

En esta oportunidad aceptó algunos hechos, negó otros, y respecto de los restantes manifestó que no se trataban de hechos sino de apreciaciones de la convocada. En lo que se refiere a la pretensión única se opuso a ella y planteó, las siguientes excepciones:

- *"Inexistencia de la obligación de garantía en favor de Disproyectos."*
- *"Finalidad del Fondo de Reserva."*
- *"Finalidad del Fondo de Operación."*
- *"Disproyectos no es el beneficiario de la garantía"*

7. LA ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

7.1. El doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021), como ya se expuso, tuvo lugar la primera audiencia de trámite en la cual se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

7.2. Las exhibiciones de documentos a cargo del FONDO y de DISPROYECTOS fueron practicadas en la forma ordenada por el Tribunal y resultado de ellas se incorporaron al expediente los documentos solicitados por las partes.

7.3. El Tribunal recibió las declaraciones de los señores Astrid Paola Alcalá, Sandra Vélez Tannus, Adriana Rojas González, Oswaldo Vallejo Ramos, Óscar Iván León, Óscar Ricardo Cruz Sánchez, Néstor Munévar Barriga, Moisés Espinosa Rodríguez, María Constanza Guzmán Suárez, Giovanna Fonseca Marroquín y German Eduardo Manzanera.

7.4. La jefe de Oficina Jurídica del FONDO rindió informe bajo la gravedad de juramento el cual fue puesto en conocimiento de las partes mediante auto de veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

7.5. El veinticuatro (24) de septiembre de ese año, se llevó a cabo la audiencia de interrogatorio de los peritos que elaboraron los dictámenes de parte, a saber, por parte del FONDO, Simón Alejandro Guzmán y Guillermo Hervert Uribe, y por parte de DISPROYECTOS**,** Jorge Arango Velasco.

7.6. El diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), mediante Auto No. 31, el Tribunal puso en conocimiento de las partes, la respuesta de Central de Inversiones S.A. y de la Superintendencia Financiera de Colombia.

7.7. Por medio de auto No. 32 de dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno (2021) se declaró concluido el periodo probatorio.

7.8. Luego de cerrado el periodo probatorio y para mejor proveer, el Tribunal mediante autos 35 y 36 de veintiocho (28) de febrero y trece (13) de junio de dos mil veintidós, decretó pruebas de oficio respecto de las cuales se surtió el trámite de contradicción correspondiente.

7.9. Finalmente, el pasado 26 de julio, esto es, dos días antes de la fecha de esta audiencia, el apoderado de la parte demandada remitió por correo electrónico unos documentos que pretende hacer valer como prueba, los cuales, sin embargo, por la extemporaneidad de su aportación no podrán tener valor probatorio alguno.

8. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LA PARTES

El seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia de alegatos. En ella hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos.

9. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, modificado transitoriamente por el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020 y lo dispuesto en el Auto No. 22 del doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021), el término de duración del proceso es de ocho (8) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. En consonancia con lo anterior, el artículo 11 del Estatuto Arbitral, modificado igualmente por el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020, dispone que al término del proceso se adicionan los días de suspensión por petición de las partes, los cuales no podrán superar 150 días.

En el presente caso, la primera audiencia de trámite tuvo lugar el doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021) y al término inicial que se cuenta desde entonces deben agregarse las suspensiones solicitadas de común acuerdo entre las partes, que en el presente caso fueron las siguientes:

- Por diecinueve (19) días, entre el cuatro (4) y el veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).
- Durante dieciséis (16) días entre el cinco (5) y el veinte (20) de octubre

de dos mil veintiuno (2021),

- Durante ochenta y cuatro (84) días entre el siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) y el veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Se tiene entonces que al término inicial de ocho (8) meses de duración del proceso, que vencía inicialmente el doce (12) de abril de dos mil veintidós (2022), deben adicionarse los ciento diecinueve (119) días en que el mismo estuvo suspendido, motivo por el cual, el término para fallar vence el nueve (9) de agosto de dos mil veintidós (2022), por lo cual es claro que este laudo se profiere oportunamente.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes consideraciones:

1. ANÁLISIS DE LAS TACHAS DE SOSPECHA FORMULADAS RESPECTO DE ALGUNOS TESTIGOS

En el curso de sus declaraciones, las partes formularon sendas tachas de sospecha respecto de los testigos Sandra Vélez Tannus, Moisés Espinosa

Rodríguez y Óscar Ricardo Cruz Sánchez, así:

En relación con la testigo Sandra Vélez, sostuvo el apoderado de la convocada que su imparcialidad no estaba garantizada por cuanto para el momento de su declaración se desempeñaba como funcionaria del Fondo Nacional del Ahorro.

En relación con el testimonio del señor Moisés Espinosa el apoderado de la convocante lo tachó de sospechoso con ocasión a su condición de accionista de DISPROYECTOS.

Finalmente, en lo que se refiere a la declaración del señor Óscar Cruz, el apoderado de la convocante manifestó que la imparcialidad del testigo podía estar afectada en razón a que, de declararse la nulidad del contrato celebrado entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y DISPROYECTOS, la empresa que representa, quien es la operadora de la cartera, podría verse afectada económicamente.

Sea lo primero advertir que la versión que rinde un testigo, sobre el cual recae algún viso de sospecha, no tiene por qué ser desechada de manera automática, sino que tal objeción impone al juzgador hacer una valoración más estricta y detallada de su dicho, con el fin de determinar si esa situación, de aparente interés, incide en la imparcialidad del testimonio.

Examinados los motivos sobre los cuales gravitan las descalificaciones de esas declaraciones, se encuentra que, si bien la testigo Sandra Vélez como funcionaria del FNA tiene una relación con la convocante, no existen motivos adicionales que lleven al Tribunal a concluir que su credibilidad está

disminuida. Sin embargo, como ya se advirtió, ello no obsta para que al estudiar esta prueba se la valore con mayor severidad.

En lo que se refiere a las declaraciones del señor Moisés Espinosa y Óscar Cruz, para el Tribunal si puede estar comprometida su imparcialidad por cuanto tienen interés directo en el resultado del proceso pues, de declararse la nulidad del contrato, podrían dejar de recibir las utilidades derivadas del mismo. No obstante lo anterior, se reitera que la sospecha que recae sobre un testigo no implica que su declaración no sea tenida en cuenta, sino que el Tribunal será más riguroso al momento de valorar estas pruebas.

2. ESTUDIO DE LA OPOSICIÓN AL DICTAMEN PERICIAL DE PARTE APORTADO POR EL FNA.

El Fondo Nacional del Ahorro formuló cuatro preguntas al Perito con el objetivo de establecer técnicamente el daño que se hubiera causado a la entidad con la celebración del contrato de compraventa de cartera. Contra el dictamen rendido por solicitud de la parte demandante, la sociedad demandada presentó en el proceso un dictamen de contradicción, documentos que nos permitimos evaluar a continuación.

2.1. Pregunta No. 1 del equipo legal del FNA: Al momento de la celebración del contrato, ¿a cuánto ascendían los activos que fueron objeto de compraventa entre el FNA y Disproyectos? ¿Cuál sería un precio razonable para la venta de esos activos?

A. Resumen de la respuesta del perito del FNA

- El análisis económico de la venta de cartera judicializada debe considerar

el SARC 34 (MANUAL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE RIESGO CREDITICIO – SARC) vigente para el FNA en la fecha de celebración del contrato, de acuerdo con el cual, tratándose de cesión de derechos de crédito, con calificación E, entre otras, la regla aplicable es: (i) Cuando el valor del avalúo comercial es igual o menor al saldo total, el valor del pago deberá ser por el saldo en libros. (ii) Cuando el valor del avalúo comercial es mayor al saldo total, el valor del pago deberá ser por el saldo contable (k + seg + ic).

- El "Saldo contable" según el SARC 34 incluye: valor de capital, seguros e intereses corrientes y contingentes (k + seg +ic) donde: k = total saldo capital normal y saldo capital contingente; seg = saldo seguros; ic = total intereses corrientes y contingentes y de mora.

- Según el SARC 34 aplicable, se dio un incumplimiento a lo preceptuado en el mismo al incluir en la venta créditos con calificación D, mencionando sobre el particular las siguientes conclusiones: (i) La venta se hace en contravención al SARC 34; (ii) Se generó un daño al FNA; (iii) Aplicando la fórmula de valor futuro: VF = VP x (1+r)* donde VF = valor futuro; VP = valor presente (el monto que invertimos hoy para ganar intereses); r = tasa de interés y n* = número de períodos, VP = $ 18.692'7; Tasa 11,12%; Plazo 3,02 años a 28.11.2017; VF = $ 25.713'5

- El valor que debió ser pactado entre las partes era el "Saldo Contable" porque el valor de la garantía subyacente de cada crédito por valor total de $ 222.318'5 es mayor que el saldo total de la deuda por valor de $ 148.691'8 a la fecha del contrato, de acuerdo con la siguiente discriminación:

Valor Base Venta de Cartera:	
Saldo Capital	$ 97.765'0
Intereses corrientes	$ 262'074
Intereses mora	$ 2'597
Seguros	3.109'0
Intereses contingentes	$ 23.953'0
Intereses mora contingentes	$ 9.715'2
Capital contingente	$ 13.765'5
Saldo CxC	N/A
Comisión FNA	N/A
TOTAL	$ 148.572'7

- Concluye su respuesta a la Pregunta No. 1, así: (i) Valor total de los activos de la compraventa es $ 107.284'8 que proviene de todos los rubros de los créditos por valor de $ 148.691'8 menos las Provisiones por valor de $ 41.407'0. (ii) Valor razonable para considerar como base de la venta de cartera es $ 107.284'8 y el valor objeto del contrato es por $ 68.435'5: la diferencia de estos dos valores es Detrimento Patrimonial del FNA.

- Agregó el Perito en su Declaración que "(…) *el valor razonable para nosotros era tomar ese saldo de capital que aparecía de $140, digamos el saldo de capital incluido en el saldo contable y para eso quitarle el efecto que tienen las provisiones al ser una cartera, tenía unas afectaciones económicas en el tiempo, con lo cual el valor para nosotros de esa cartera para negociar era de $107.284 millones, que frente al valor en que negociaron el contrato de $68 mil millones de pesos, pues es una diferencia que se considera un detrimento patrimonial, esto es, tengan en cuenta que las provisiones es la corrección valorativa por el deterioro acumulado que ha registrado esa cartera durante el tiempo que estuvo manejada por el Fondo*."

B. Resumen de la contradicción del perito de Disproyectos

- No se tiene en cuenta la realidad o costumbre del negocio de venta de

cartera, en el cual se hace necesario dar un descuento para remunerar la gestión de recuperación, dado que, evidentemente, la cartera que ha sido judicializada no se recupera de forma espontánea.

- Es decir, el perito del FONDO no está tomando en cuenta que se requiere estipular un retorno para el agente que se encargue de realizar las actividades de recobro; así como, no está teniendo en cuenta que en la negociación del pago de una obligación vencida intervienen argumentos de negociación como la condonación de los intereses y otras cuentas por cobrar; e igualmente desconoce que existe un tiempo necesario para que esta cartera sea cobrada.

- Por tal razón, no se deben tener en cuenta los escenarios de Daños calculados por el perito, ya que dado su desconocimiento, cataloga de perjuicios lo que es un comportamiento normal del negocio.

- "(…) *el Perito,* (…), *clasifica sin lugar a duda el Manual del Sistema de Administración de riesgo Crediticio, como la base para determinar la relación contractual entre el FNA y DISPROYECTOS, toda vez que asevera que partir del mismo se generan las obligaciones y restricciones que luego entra a calcular como Daños*.

- "(…) *la opinión del Perito no está fundamentada en la realidad de los negocios y como tal solo debe ser tenida en cuenta como lo que es: Un ejercicio teórico e hipotético que no refleja la realidad de una negociación que ha tenido una notable trazabilidad al haberse iniciado como una licitación (la cual fue declarada desierta) y un contrato firmado y con más de un año de ejecución*."

- Se plantea el cálculo de un denominado Daño Económico o Detrimento Patrimonial, sin que su cálculo se ajuste a las definiciones clásicas de Perjuicio, es decir, Daño Emergente o Lucro Cesante

- "*a la creación de la riqueza si no, al logro del equilibrio económico entre las partes. Los cálculos que presenta el perito en su dictamen están orientados a calcular y reconocer el valor de la cartera como daño, desconociendo la definición misma de perjuicio*".

- "(…) *la regla establecida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dispone que '(…) la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales* (…)'".

- Lo anterior supone, de un lado, el deber jurídico de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o más parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo; y de otro, la limitación de no excederse en tal reconocimiento pecuniario, porque la indemnización no constituye fuente de enriquecimiento.

- "(…) *como Perito inscrito en el Registro Nacional de Avaluadores en la categoría No. 13 de Intangibles Especiales, la cual incluye el avalúo del Daño Emergente y Lucro Cesante, considero que la metodología utilizada en el dictamen en contradicción no es adecuada ya que no refleja de manera técnica y cierta el eventual perjuicio ocasionado*."

- Se toma como costo de oportunidad la tasa de referencia de un portafolio, el cual, al estar castigado, no está generando remuneración alguna, lo que es un total contrasentido desde la óptica financiera. El perito desconoce que la cartera que está utilizando como base para calcular el costo de oportunidad, por la naturaleza misma de estar judicializada, no genera intereses. (Circular Básica Contable y Financiera (Circular Externa 100 de 1995, Superintendencia Financiera, Capítulo II, numeral 2)).

- El perito supone erróneamente una tasa de oportunidad para un activo que no está generando intereses con lo cual está cometiendo una incongruencia y no se deben tener en cuenta los ejercicios que realiza para expresar a valor presente las cifras del contrato

C. Consideraciones del Tribunal sobre las respuestas a la pregunta No. 1

La pregunta No. 1 va dirigida a establecer pericialmente, por un lado, el valor del activo objeto de la compraventa de cartera y por otro, el valor en que hubiera sido razonable vender ese activo. El precio fijado a la cartera judicializada objeto de la compraventa es el 70% del saldo bruto de capital a la fecha de corte, lo cual arrojó la cifra de $ 68,435,504,626.

En relación con esta conclusión, destaca el Tribunal, sin perjuicio de las consideraciones que más adelante se harán sobre la proximidad en el tiempo de los manuales SARC 35 y SARC 36 con la fecha en que se celebró el contrato que da origen a este proceso, que no es posible valorar la pérdida del FNA con base en el manual SARC 34 como se indica en el dictamen pericial por cuanto esta versión fue reemplazada mediante la versión 35, adoptada en el Acuerdo 2202 aprobado en la Junta Directiva 876 de 25 de septiembre de 2017, la cual a su turno también fue reemplazada por la versión 36 aprobada

con el Acuerdo 2204 de 31 de octubre de 2017 y la cual era la vigente a la fecha en que se celebró el contrato.

2.2. Pregunta No. 2 del equipo legal del FNA: ¿En qué se podría fundar, desde una perspectiva financiera y/o comercial, una diferencia entre el "precio razonable" y el precio pactado en el contrato?

A. Resumen de la respuesta del perito del FNA:

- Excluye en materia financiera el "precio razonable" y define el "precio": es el negociado en un contrato de compraventa entre partes, podría ser diferente al valor razonable porque depende de la estrategia de negociación: estructura del trato, aspectos no financieros, potenciales sinergias, diversificación, poder de mercado, poder de negociación, motivos personales, etc.

- El SARC 34 limitaba el precio del contrato, por tanto, no era objeto de negociación. El precio base debía haber sido $ 148.572'7, no $ 68.435'5 que es el del contrato, equivalente al 70% del valor de capital que era $ 97.765'0.

- El SARC 34 no contempla el porcentaje de descuento sobre la cartera objeto de la negociación. El valor razonable era $ 107.284'8, sin considerar el SARC 34.

- El perito no consideró el "Estudio Técnico de Valoración Base de Cartera" del FNA. Fijar como precio el 70% del saldo de capital desconoció el capital contingente, los intereses corrientes, contingentes y de mora, seguros, comisión FNA y el saldo de CxC: 70% sobre $ 97.765'1 menos provisiones por

$ 43.904'4 es igual a un valor neto de $ 53.860'6 o valor en libros de la cartera en venta. El valor del contrato por $ 68.435'5 derivado del mencionado Estudio Técnico FNA, carecía de elementos suficientes.

- Agregó el Perito en su Declaración que "(…) es importante aquí como conclusión de la respuesta No. 2, que el precio del contrato no era sujeto de negociaciones, por lo que ya estaba determinado en la misma norma, todo estaba limitado a lo que decía en el manual SARC versión 34, el Manual SARC es uno solo, es importante aclararlo, (…), primero la fecha de presentación y la aprobación en junta estaba incluida dentro de la cobertura del contrato. El precio que debió haberse considerado de acuerdo con lo presentado en ese SARC, incluyendo todos los componentes era $148 mil y no los $68 mil millones de pesos que se negociaron en el contrato, entonces, el valor razonable para nosotros era los $148 mil millones de pesos menos las provisiones, que eran $107.284 millones para no afectar, para darle un precio mucho más justo en la venta."

B. Resumen de la contradicción del perito de Disproyectos

No hace ningún pronunciamiento sobre esta respuesta.

C. Consideraciones del Tribunal sobre las respuestas a la pregunta No. 2

El perito del FNA desvirtúa completamente la posibilidad de establecer un "precio razonable" del activo vendido por la Entidad, bajo el argumento central de que el SARC 34 aplicable a la operación no permitía vender el activo por un valor inferior al 100% del saldo contable del mismo, evaluado como ya lo ha determinado.

En este punto reitera el Tribunal lo dicho en precedencia esto es, que no puede cuantificarse el daño con fundamento en el SARC 34 por cuanto el manual vigente para la fecha de celebración del contrato era el SARC 36, por lo que el perito ha debido acudir a otra metodología para evaluar los daños causados a la convocante.

2.3. <u>Pregunta No. 3 del equipo legal del FNA: El contrato celebrado entre el FNA y Disproyectos previó el pago a plazos del precio pactado. ¿Desde su experticia, ¿lo acordado incide de manera negativa en el valor presente neto del precio acordado?</u>

A. Resumen de la respuesta del perito del FNA:

- Reitera el Perito del FNA que según la cláusula 5 del contrato de compraventa de cartera, el valor del contrato es el 70% del saldo bruto de capital, o sea 70% de $ 97.765'0 = $ 68.435'5 y que el cronograma de pagos va a 84 meses.

- Advierte que el valor de los pagos futuros debe reconocer el valor del dinero en el tiempo, lo cual anota no se tuvo en cuenta en lo estipulado. Utiliza para este cálculo una tasa de 11.31% al plazo contractual (Cálculo de la tasa de descuento ponderando de cada tasa de interés en pesos o UVR de la tasa de los 2.087 créditos. La tasa UVR indexada con la tasa de inflación efectiva a largo plazo proyectado es 3.0%), por lo cual, comparando el valor que el FNA debe recaudar al final del plazo, es decir $ 68.435'5, con esa suma traída a valor presente ($ 45.568'3), se deduce un detrimento de $ 22.867'2 sobre el valor del contrato.

- El peritaje consideró 3 escenarios para el cálculo del daño:

1. Ante cumplimiento taxativo del Manual SARC 34
2. Ante aplicación de todos los componentes del "Saldo Contable" frente a proceso de venta
3. Ante incumplimiento del contrato

Escenario 1: Valor base = "Saldo Contable" SARC 34.

Valor Venta según SARC 34 ("Saldo contable" de los créditos)	$ 148.572'7
Valor Venta real según contrato (Valor presente del precio pactado)	$ 45.568'3
Detrimento a la fecha del contrato (($ 148.572'7 - $ 45.568'3)	$ 103.004'3
Detrimento al 28.11.2020 (Valor futuro de los $ 103.004'3)	$ 142.089'5

- Este Valor de Venta según SARC 34 incluye capital, capital contingente, seguros e intereses (corrientes, contingentes y de mora) por valor de $ 148.572'7 (sin considerar saldo de CxC, ni comisión FNA, ni provisiones), enfrentado al Valor real del Contrato: Precio del contrato por valor de $ 68.435'5 y forma de pago diferida a 84 meses, así: (1) Cuota inicial del 5% del saldo bruto de capital por valor de $ 3.421'7; (2) Pagos durante los meses 4 a 13 inclusive, de $ 200' mensuales hasta completar $ 2.000'0 y (3) A partir del mes 19, 12 cuotas sucesivas iguales semestrales de valor de $ 5.251'1.

- El contrato no consideró el valor del dinero en el tiempo, lo cual constituye una pérdida de valor para el FNA: Utilizando la tasa mencionada se descuentan los flujos a la fecha del contrato sobre su valor SARC liquidado en $ 148.572'7 menos el valor presente del precio pactado en el contrato por $ 45.568'3 = $ 103.004'3. Este detrimento a 28.11.2020, con una tasa del

11,13%, Valor futuro de $ 103.004'3 = $ 142.089´5.

Escenario 2: Valor base lógica financiera y contable

Valor venta lógica financiera y contable (Valor razonable de la venta)	$ 107.284'8
Valor del contrato a valor presente (Precio de venta a valor presente)	$ 45.568'3
Detrimento a la fecha de contrato ($ 107.284'8 - $ 45.568'3)	$ 61.716'4
Detrimento al 28.11.2020 (valor futuro de los $ 61,716'4)	$ 85.134'8

- Establece el Valor de la venta según la lógica financiera y contable así: se toman los rubros de los créditos a la fecha de la venta por $ 148.691'8, menos las provisiones por $ 41.407'0, resultado $ 107.284'8.

- Luego se calcula el Valor real del contrato a valor presente, o sea de $ 107.284'8; considerando el Precio base de $ 68.435'5 a 84 meses, el detrimento a la fecha del contrato sería $107.284'8 menos $ 45.568'3 resultado $ 61.716'4. Este detrimento al 28.11.2020 con una tasa del 11,13%: Valor futuro de $ 61.716'4 = $ 85.134'8

Escenario 3: Valor base = Recursos recibidos FNA

- Aquí se pretende abarcar el incumplimiento total del contrato y sus efectos. Considerando que el valor realmente pagado por DISPROYECTOS al FNA ha sido por $ 15.924'0 (se relacionan cada uno de los abonos) y que al 31 de agosto de 2020 no se realizó el pago por junio 2020, el detrimento sería mayor.

- A 31 de agosto de 2020 el FNA ha recibido de DISPROYECTOS $ 3.422'0 y a través de la fiducia vía fondo de reserva $ 12.502'0 para un total de $

15.924'0, cuyo valor presente a la tasa del 11,13% equivalen a la fecha de celebración del contrato a $ 13.908'8

	Escenario 1	Escenario 2
Valor venta (sin y con provisiones)	$ 148.572'7	$ 107.284'8
Valor presente recursos recibidos (Pago efectivo/Precio real)	$ 13.908'8	$ 13.908'8
Detrimento a la fecha del contrato	$ 134.663'9	$93.375'9
Valor Detrimento por Incumplimiento al 28.11.2020 (V/F)	$ 185.7632'3	$ 128.807'6
Valor Detrimento al 28.11.2020 (antes definidos)	$ 142.089'5	$ 85.134.8
Diferencia	$ 43.672'8	$ 43.672'8

B. Resumen de la contradicción del perito de Disproyectos

- Considera que el perito del FNA tiene una visión asimétrica del conflicto porque establece que los pagos futuros del contrato deberán expresarse a valor presente. Sin embargo, el activo subyacente, es decir, la cartera a ser recuperada también tiene un comportamiento en su recuperación que se extiende en el tiempo, situación que, además, es irrelevante, ya que en el Contrato fue pactado en esta forma el pago del precio.

- Se hace evidente el desconocimiento del modelo de negocio de la venta de cartera, puesto que el perito considera que una cartera de difícil recuperación vale de acuerdo con el saldo de la contabilidad.

- Las respuestas del Perito no están relacionadas con la pregunta realizada por el apoderado, con lo cual se expande el dictamen por derroteros diferentes a los planteados generando confusión en la dimensión de las respuestas.

- Esta falta de conexión entre lo preguntado y lo respondido es una actitud

irreflexiva, ya que, la labor del perito no es emitir juicios de valor ni valoraciones probatorias o jurídicas sobre los hechos, pretensiones, contestación de la demanda, pues eso es propio del Tribunal al momento de analizar las pruebas y resolver el asunto; así como tampoco tomar partido o posición sobre la postura de una u otra parte, toda vez que el perito debe ser imparcial y manifestar, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 226 ibídem, que su opinión es independiente y corresponde a su convicción profesional, lo cual no ocurre en el dictamen objeto de contradicción y por tanto este no debe ser admitido como prueba por el honorable Tribunal.

C. Consideraciones del Tribunal sobre la respuesta a la pregunta No. 3

En relación con esta respuesta, encuentra el Tribunal el mismo defecto indicado al analizar la primera de las respuestas, consistente en que los resultados del experto tienen en cuenta un manual SARC que no estaba vigente a la fecha de celebración del contrato. Sin embargo, el análisis del experto sí permite entender cómo la forma en que se pactó el pago genera un detrimento derivado de la ausencia de actualización de las cuotas o la generación de intereses durante el plazo, conclusión que acogerá el Tribunal.

2.4. Pregunta No. 4 del equipo legal del FNA: ¿Qué efectos tiene la cláusula que faculta la sustitución de títulos, sobre el valor del contrato y sobre el patrimonio del FNA?

A. Resumen de la respuesta del perito del FNA:

- La cláusula 8 del contrato prevé la sustitución de obligaciones de características similares y si no las hay, los dineros respectivos aumentan o

disminuyen el precio de compra total. La cláusula presenta inconsistencias que no permitieron hacer sustituciones en forma equitativa. Las sustituciones realizadas solo atendieron el saldo de capital, pero no consideraron la tasa de interés, la calificación de la cartera, las provisiones, los seguros, etc., todo lo cual genera detrimento al FNA

- Con base en la cláusula 8 se hicieron 99 sustituciones con detrimento patrimonial del FNA. Cada sustitución debe ser analizada desde la perspectiva de pérdida de valor del dinero en el tiempo, al devolver cada título se genera detrimento. Hay falta de controles en el proceso de sustitución.

- DISPROYECTOS devolvió 99 créditos y el FNA los sustituyó, pero la diferencia en valor de capital es mínima y DISPROYECTOS se favoreció por mayor beneficio, por mayor saldo de deuda, por menor provisión, por mayor tasa de interés ponderada y 3 de los créditos estaban mejor calificados. Además, no se tuvo información actualizada del avalúo comercial de las garantías.

- Agregó el Perito del FNA en su declaración las siguientes cifras en materia de devoluciones: DISPROYECTOS le devolvió al Fondo $5.047 millones de pesos de capital, pero eso generó un detrimento, si estamos hablando de sustituciones de similares características, pues la diferencia debería ser mínima y hay una diferencia de $537 mil pesos. Adicionalmente, el saldo de la deuda, de lo que devolvió DISPROYECTOS al Fondo es mucho mayor a $145 millones de pesos, lo cual genera una deficiencia, las provisiones de la cartera devuelta por DISPROYECTOS al Fondo son mayores en $1.857 millones.

B. Resumen de la contradicción del perito de Disproyectos

No hace ningún pronunciamiento sobre esta respuesta.

C. Consideraciones del Tribunal sobre la respuesta a la pregunta No. 4

Analizada esta respuesta, se observa que la conclusión del perito es razonada, sin que además exista oposición o reparo de la convocada frente a la misma, razón por la cual el Tribunal acogerá lo señalado por el experto.

2.5. Consideraciones Finales Tribunal

Como quedó expuesto en precedencia, al analizar cada una de las respuestas del perito, para el Tribunal el dictamen aportado por la parte convocante tiene algunos errores que impide acoger sus conclusiones con excepción de aquellas consistentes en que no pactar intereses de plazo genera un detrimento para la Entidad, así como los efectos de la sustitución de títulos.

3. CONTEXTO GENERAL EN RELACIÓN CON LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

La controversia objeto de este Tribunal de Arbitramento gira principalmente, en relación con la celebración y ejecución de un contrato de compraventa de cartera hipotecaria suscrito el 20 de noviembre de 2017 entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, que ha actuado como la Convocante, de una parte y, DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. o DISPROYECTOS que corresponde a

la entidad Convocada, de otra parte. En el marco del litigio, la Convocada ha formulado una demanda de reconvención y a su vez ha formulado un llamado en garantía a través del cual se ha involucrado a la FIDUAGRARIA S.A., sociedad anónima de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. De este modo, se advierte de entrada la participación de entidades estatales, por lo que resulta preciso iniciar por establecer la incidencia que tiene en este proceso la naturaleza jurídica de los intervinientes y de modo particular de la parte Convocante.

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado han sido definidas por el artículo 85 de la ley 489 de 1998, así:

> ***"Artículo 85. Empresas industriales y comerciales del Estado.*** *Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:*
>
> *a) Personería jurídica;*
> *b) Autonomía administrativa y financiera;*
> *c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.*
>
> *El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.*
>
> *A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 12, 13, 17, 27, numerales 2°, 3°, 4°, 5°, y 7°, y 183 de la Ley 142 de 1994.*
>
> ***Parágrafo.*** *Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas*

industriales y comerciales del Estado"[3].

Como puede observarse, el legislador al momento de fijar su régimen general ha hecho un reenvío en algunos aspectos importantes, al señalado por el mismo legislador para las empresas de servicios públicos domiciliarios[4]. Es así como respecto de su régimen societario, se han incorporado varios numerales del artículo 19 de dicha ley[5]. Del mismo modo, se ha hecho una apropiación de algunas de las reglas especiales que trae el artículo 27 de la ley de servicios públicos domiciliarios sobre las condiciones de la participación del Estado[6] y se

[3] Ley 489 del 29 de diciembre de 2008 "*por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*".

[4] En efecto, el legislador hace un reenvío a algunos de los apartes de la ley 142 de julio 11 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

[5] Los numerales del artículo 19 sobre el régimen jurídico, de los que se apropia la ley disponen: "***19.2.*** *La duración podrá ser indefinida. (…)* ***19.4.*** *Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca simultáneamente con las facturas del servicio. //* ***19.5.*** *Al constituir la empresa, los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe. //* ***19.6.*** *Serán libres la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción, y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse. Pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cual no. (…)* ***19.12.*** *La empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista. //* ***19.13.*** *Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación. De ninguna manera se ocultará a los terceros con quienes negocie la sociedad la situación en que esta se encuentra; el ocultamiento hará solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones que contraigan y los perjuicios que ocasionen. (…)* ***19.17.*** *En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados*".

[6] Los numerales incorporados del artículo 27, sobre los términos de la participación estatal, señalan: "***Artículo 27. Reglas especiales sobre la participación de entidades públicas.*** *La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales: (…)* ***27.2.*** *Podrán enajenar sus aportes, para lo cual se tendrán en cuenta sistemas que garanticen una adecuada publicidad y la democratización de la propiedad de conformidad con esta*

ha incorporado el texto del artículo 183 referido a la posibilidad de capitalización de estas[7].

Las *Empresas Industriales y Comerciales del Estado* aparte de contar con un régimen legal propio, poseen un amplio reconocimiento constitucional como lo confirma la existencia de varias disposiciones de la Constitución de 1991 vigente que hacen referencia a ellas como *Empresas Industriales o Comerciales del Estado*[8].

La consideración de esta categoría de personas jurídicas en el texto de la Constitución es indicativa de su especial importancia; en realidad, viene desde

---

Ley y en desarrollo del precepto contenido en el artículo 60 de la Constitución Política. // ***27.3.*** *Deberán exigir a las empresas de servicios públicos, una administración profesional, ajena a intereses partidistas, que tenga en cuenta las necesidades de desarrollo del servicio en el mediano y largo plazo. Al mismo tiempo es derecho suyo fijar los criterios de administración y de eficiencia específicos que deben buscar en tales empresas las personas que representen sus derechos en ellas, en concordancia con los criterios generales que fijen las comisiones de regulación. // Para estos efectos, las entidades podrán celebrar contratos de fiducia o mandato para la administración profesional de sus acciones en las empresas de servicios públicos, con las personas que hagan las ofertas más convenientes, previa invitación pública. //* ***27.4.*** *En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales, mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente. // El control podrá ser realizado por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se trate de acciones o aportes nacionales o de las entidades territoriales. //* ***27.5*** *Las autoridades de las entidades territoriales, sin perjuicio de las competencias asignadas por la Ley, garantizarán a las empresas oficiales de servicios públicos, el ejercicio de su autonomía administrativa y la continuidad en la gestión gerencial que demuestre eficacia y eficiencia. No podrán anteponer a tal continuidad gerencial, intereses ajenos a los de la buena prestación del servicio. //* ***27.7.*** *Los aportes efectuados por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado*".

[7] "***Artículo 183. Capitalización de las Empresas de servicios públicos***. *Los bienes que la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella y éstas posean en las empresas de servicios públicos, de que trata la presente Ley, los pasivos de cualquier naturaleza que estas entidades tengan con aquellas y los pasivos que las mismas entidades tengan a favor de cualquier otra, y que hayan sido avalados por la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella y éstas, podrán ser convertidos en acciones de las empresas de servicios*".

[8] Artículos 115, 150-7,154, 300-7, 305-5, 313-6, 315-3 y artículo Transitorio 20 de la Constitución, en forma expresa, a los que se deben sumar otras tantas normas que resultan directa pertinentes, como es el caso entre otras, de los artículos 209, 210 y 211 de la Constitución.

la anterior a la Carta vigente y se puede remontar al Acto Legislativo 1 de 1968 reformatorio de la Constitución de 1886.

Si bien el fenómeno más amplio de la explotación de una actividad económica por el Estado es mucho más antiguo, como lo ilustra el caso de los monopolios rentísticos en aquellos casos que han sido operados en forma directa, la reforma de 1968 representa sin duda alguna un hito en la configuración de las empresas de naturaleza pública.

Las empresas industriales y comerciales no se limitan a ser entidades de titularidad o con participación pública como su nombre lo sugiere, sino que las mismas hacen parte de la estructura del Estado, al pertenecer o ser un componente de la rama ejecutiva del poder público.

A este respecto, la Corte Constitucional ha fundamentado esta especial manifestación de la conformación y proyección del Estado en los siguientes términos:

> *"Dentro de la clásica teoría de la separación de funciones del poder público expuesta por Montesquieu, a la Rama Ejecutiva correspondía en forma exclusiva "hacer cumplir las leyes" expedidas por la Rama Legislativa; la exclusividad de la función ejecutiva consistía en que solamente cumplía esa función, y en que sólo ella la cumplía, es decir, lo hacía sin colaboración de ningún otro órgano del poder público. Sin embargo, es sabido cómo la evolución del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho motivada por la urgencia de hacer efectivos los derechos fundamentales, conllevó la reformulación de la anterior concepción. Ciertamente, la adopción de la fórmula "social de Derecho" implicó la transformación del antiguo modelo reducido de Estado, propio del liberalismo clásico, para dar paso a una estructura político administrativa mucho más compleja, promotora y responsable de toda una dinámica social dirigida hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población en campos como los de la salud, la vivienda, el trabajo, la educación, la alimentación, la seguridad, etc.,*

satisfacción de necesidades concebida ahora como derecho de cada cual y no como mera beneficencia[viii][9]. Este cambio de perspectiva significó la ampliación del concepto de función ejecutiva, es decir, un aumento de la actividad de la Administración, al cual correspondió el crecimiento de su estructura orgánica que se vio ampliada con nuevas formas de entidades públicas. Entre las nuevas funciones asignadas a la Administración aparecen, entre otras, las de fomento e intervención económica, así como la de garantía de la adecuada prestación de los servicios públicos, para cuyo cabal cumplimiento surge el concepto de descentralización administrativa por servicios. [ix][10] (…) La existencia de esta forma de descentralización ha sido justificada en la necesidad que tiene la Administración de especializar y tecnificar el cumplimiento de ciertas funciones, y en la realidad de que, en ciertos casos, por razones de conveniencia pública las mismas están llamadas a ser ejercidas dentro de un régimen de competencia o de concurrencia con los particulares. (…) Para el momento en que fue adoptada la Constitución Política vigente, el concepto de descentralización administrativa por servicios ya había sido recibido en el Derecho Público colombiano. En efecto, para ese entonces numerosas normas constitucionales y legales se referían a las entidades descentralizadas o a las entidades descentralizadas por servicios (…) El constituyente entonces reconoció esta realidad, la asumió y la reguló en diversas normas de la nueva Carta. En efecto, varias disposiciones constitucionales actualmente se refieren o a las entidades descentralizadas en general, y de manera particular a las entidades descentralizadas por servicios. Así, en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta el constituyente autorizó al legislador para crear o autorizar la creación de este tipo de entidades en el orden nacional, y señaló que al Congreso le correspondía, mediante ley, "determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica;… así mismo, crear o autorizar la constitución de ***empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta****. (Destaca la Corte). De igual manera, en el numeral 7° del artículo 300 de la Carta y en el numeral 6° del artículo 313 ibídem, el constituyente admitió la descentralización por servicios en el nivel territorial, cuando concedió a las asambleas y a los concejos la facultad de crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento o del municipio, según sea el caso, y de autorizar la formación de sociedades de economía mixta de estos niveles territoriales (…)"[11]*

[9] [viii] Cf. Sentencia C-866 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
[10] [ix] El concepto de descentralización encuentra su primer soporte constitucional en le artículo 1° de la Constitución Política, que indica que "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de Republica unitaria, descentralizada…"
[11] Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Esta connotación pública posee un conjunto de consecuencias, como también lo ha advertido la Corte Constitucional, al recalcar que "*los órganos del sector descentralizado por servicios, si bien se rigen en variados aspectos por el derecho privado, no dejan de ser instituciones de carácter estatal y emplean recursos públicos*", por lo que se encuentran sujetas a responsabilidades de otra índole con respecto a otras sociedades[12].

Esa misma corporación para el año 2007, caracterizó el régimen de las sociedades industriales y comerciales del Estado, en función de las fuentes (1) constitucionales, (2) legales y (3) jurisprudenciales.

Respecto de su régimen constitucional, destacó:

> "*(…) de conformidad con la Constitución las empresas industriales y comerciales del Estado (i) son entidades descentralizadas por servicios; (ii) forman parte de la rama ejecutiva; (iii) en el orden nacional sólo pueden ser creadas por ley o con autorización de ésta y en el territorial sólo pueden ser creadas por asambleas y concejos; (iv) deben tener fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa; (v) le corresponde al legislador establecer su régimen jurídico y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes; (vi) sus empleados y trabajadores son servidores públicos; (vii) están sometidas a control fiscal y a la normatividad propia de contabilidad general de la Nación*".[13]
>
> Respecto a su régimen legal, con base en el marco regulatorio vigente a la sazón, el cual, como se verá más adelante ha tenido algunas modificaciones en lo que atañe a la contratación, señaló:
>
> *De conformidad con la ley, las empresas industriales y comerciales del Estado (i) son organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del*

[12] Corte Constitucional. Sentencia C-118 de 2018. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-200 de 2020 Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera.
[13] Corte Constitucional. Sentencia C- 691 de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley; (ii) deben tener personería jurídica y autonomía administrativa y financiera conforme a los actos que las rigen; (iii) deben tener capital independiente, constituido totalmente por fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución; (iv) en el acto de creación debe definirse su vinculación a un ministerio o un departamento administrativo; (v) en el cumplimiento de sus actividades se ceñirán a la ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; (vi) gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales según el caso, pero no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas; (vii) su dirección estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, y será el representante legal de la correspondiente entidad; (viii) los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado; (ix) los contratos que celebren se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales, con excepción de aquellos que celebren las empresas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados"[14].

En relación con los desarrollos jurisprudenciales resaltó:

"De conformidad con la jurisprudencia de esta corporación, las empresas industriales y comerciales del Estado (i) son entidades de naturaleza jurídica pública, aunque por su objeto algunos de sus actos se rigen por el derecho privado; (ii) debe aplicarse el régimen especial de derecho público –administrativo en los supuestos en que se involucren garantías institucionales de derecho público o reservas de administración pública, que son aquellos en los que no es posible aplicar el derecho privado como la realización de actividades de política pública o de actividades ejecutivas de policía o de fomento; (iii) debe aplicarse el régimen de derecho privado para las actividades que tienen que desarrollarse bajo éste régimen, como aquellas de gestión económica o de producción de bienes que se desarrollan en competencia con particulares; (iv) en las zonas de incertidumbre el legislador y aún el Gobierno podrían determinar el régimen jurídico

[14] Ibidem.

aplicable sin enervar las finalidades propias definidas por la Constitución ni evadir requerimientos ni controles constitucionales; (v) para su evaluación debe tenerse en cuenta las características identificadoras de cada una de las empresas, pues no es la misma tratándose de empresas económicas industriales y comerciales de propiedad del Estado que actúan en competencia o en monopolio, o si se trata de entidades encargadas de la prestación de un servicio público, o de agencias y entidades titulares de funciones administrativas propiamente tales; (vi) sus empleados y trabajadores son trabajadores oficiales salvo en los cargos de dirección y confianza en los cuales se tiene la calidad de empleado público y son de libre nombramiento y remoción"[15].

3.1. Marco Jurídico de la Actividad Contractual de las Entidades Industriales y Comerciales del Estado

3.1.1. Evolución de la regulación

La ley 80 de 1993 definió a los contratos estatales como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por las entidades referidas en dicho estatuto -dentro de las cuales, se incluyó a las empresas industriales y comerciales del Estado[16]-, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad[17].

En este contexto, el artículo 24 del texto original de dicha ley, en su literal m, excluía de la exigencia de licitación y concurso público los actos y contratos que tuvieran por objeto directo las actividades comerciales e industriales

[15] Ibídem.
[16] Ley 80 de 1993 (Lit. a), Nral. 1, Art. 2): "*1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los* ***municipios; los establecimientos públicos, las*** *empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles*".
[17] Cfr. Primer inciso del Art. 32 de a ley 80 de 1993.

propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que se enunciaban en el artículo 32 de dicha ley. Así mismo, el parágrafo 1 del artículo 32 aludido, disponía que sin perjuicio de lo dispuesto en el estatuto de contratación sobre la fiducia y el encargo fiduciario, los contratos que celebraran "*los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal*", que correspondieran "*al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social*", no estarían sujetos a las disposiciones de la ley 80 y se regirían por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Por su parte, el artículo 93 de la ley 489 de 1998 establecía respecto a la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado la siguiente regla:

> "***Artículo 93. Régimen de los actos y contratos.*** *Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales*". (Destaca el Tribunal)

Posteriormente, el artículo 13 de la ley 1550 de 2007, modificatoria de la ley 80 de 1993[18], ha dispuesto como regla general que: "*Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial,*

[18] Ley 1150 de enero 16 de 2007: "*por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*".

los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal".

El artículo 14 de esta misma ley sobre el régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, en su texto vigente, resultado de la modificación introducida por el artículo 93 de la ley 1474 de 2011[19], dispuso:

> "**Artículo 14.** *Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes*". (Destaca el Tribunal)

Por su parte, el artículo 15 de la ley 1150 de 2007 modificó el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 15. Del Régimen Contractual de las Entidades Financieras Estatales****. El parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:*
> *'Artículo 32.*
> *(...)*

[19] Ley 1474 de Julio 11 de 2011 "*por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*".

> '***Parágrafo 1°.*** *Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.*
> *En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley*". (Destaca el Tribunal)

De este modo, dejando de lado empresas con participación estatal sujetas a regímenes especiales ajenos a la materia del presente caso, como las dedicadas a la exploración o explotación de recursos naturales, se tiene en un plano general que aquellas empresas con una participación estatal igual o inferior al 50% se sujetan enteramente al derecho privado[20], en tanto las que tengan una participación superior al 50% se sujetan dentro de diversos grados a las reglas que disciplinan la contratación administrativa.

Se sujetan de un modo más intenso a dicho régimen las empresas industriales y comerciales del Estado que no se encuentren en situación de competencia[21]. En cambio, por regla general, las Empresas Industriales y

[20] **Ley 80 de 1993. Art. 2. Nral. 1. Lit. a)**: "*1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles*". Esto no supone que se sitúen al margen de los controles inherentes a la inversión pública: "*…Por ello, no resulta jurídicamente válida la afirmación del demandante y del apoderado de la Auditoria General de la República, en el sentido de que la disposición acusada al dejar por fuera del ámbito de las reglas de la contratación estatal los contratos de las sociedades de economía mixta en las cuales la participación estatal en el capital respectivo sea igual o inferior al 50% está permitiendo la evasión de los controles y del régimen de garantías propios del patrimonio estatal frente a la propia administración Estado y frente a los particulares. En efecto, la propia Constitución, como se ha visto, determina consecuencias directas de la circunstancia de que una sociedad comercial tenga el carácter de sociedad de economía mixta y hace imperativa la vigilancia seguimiento y control de los recursos estatales, cualquiera sea la forma de gestión de los mismos, en los términos que prevea la ley*". Corte Constitucional. Sentencia C-629 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

[21] **Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.24. Contratación de empresas industriales y comerciales del Estado.** Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que

Comerciales del Estado que se encuentran en situación de competencia o en mercados regulados, se sujetan a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus respectivas actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de la aplicación en desarrollo de su actividad contractual de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y su sujeción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

De manera explícita, en el caso de los contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, se aplican las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades y adicionalmente, su actividad contractual se someterá a la misma regla de sujeción a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, lo mismo que al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

3.1.2. La situación del Fondo Nacional del Ahorro.

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO de capital íntegramente estatal, se creó originalmente como un establecimiento público; no obstante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 432 de 1998 se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado, siendo además definida como de "*carácter financiero*" y "*establecimiento de crédito de naturaleza especial*":

no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda.

> ***"Artículo 1°. Naturaleza jurídica.*** *El Fondo NACIONAL DEL AHORRO , establecimiento público creado mediante el Decreto-ley 3118 de 1968, se transforma en virtud de la presente ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal será el de las empresas de esta clase. Estará vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico y la composición de su Junta Directiva será la que señala la presente ley.*
>
> *La entidad que se transforma continuará denominándose Fondo NACIONAL DEL AHORRO . Tendrá como domicilio principal la ciudad de Santa Fe de Bogotá y establecerá dependencias en otras regiones del país, cuando se requiera, atendiendo el número de afiliados, previa autorización de su Junta Directiva.*
>
> *Los derechos y obligaciones que tenga el Fondo NACIONAL DEL AHORRO , a la fecha de promulgación de esta ley, continuarán en favor y a cargo de la Empresa Industrial y Comercial del Estado.*
>
> ***Parágrafo.*** *Para efectos tributarios, el Fondo NACIONAL DEL AHORRO se regirá por lo previsto para los establecimientos públicos*".

Si bien la Corte Constitucional en Sentencia C- 625 de 1998 señaló incidentalmente que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no es una "*entidad financiera*", no lo hizo en un sentido contraevidente con el texto de la disposición legal que por lo demás declaró ajustada a la Constitución y a las actividades que desarrolla el Fondo, de nítido estirpe financiero, sino aludiendo a la no equiparación de su régimen en punto a los encajes e inversiones forzosas de las entidades financieras de las que se ocupa el Estatuto Orgánico del Sistema de Financiero:

> *"Sobre la violación de los artículos 372 y 136, numeral 1, de la Constitución al consagrar el inciso segundo del parágrafo del artículo 4o., de la ley 432 de 1998, que el Fondo NACIONAL DEL AHORRO "no estará sometido al régimen de encaje ni de inversiones forzosas", se hacen las siguientes observaciones:* ‖ *El demandante considera que la*

materia que trata este precepto es de conocimiento únicamente de la Junta Directiva del Banco de la República, que es "la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia", según dispone el artículo 372 de la Constitución. Y que, el legislador, al entrar a pronunciarse en esta materia, se inmiscuyó indebidamente en lo que no le corresponde, lo que está prohibido, expresamente, por la Constitución, artículo 136, numeral 1. ||*La Corte considera que, tal como lo señaló el experto consultado por la entidad interviniente, cuando se analizó el tema en el proyecto de ley, el régimen de encaje y de inversiones forzosas, es un asunto de rango legal y no constitucional. Pero, que si lo que pretende el demandante es que la ley 432 sea aplicada en condiciones de igualdad frente a las entidades que son semejantes, cabría advertir que, según el literal a) del artículo 16 de la ley 31 de 1992, ley a la que debe sujetarse el Banco de la República, la atribución de fijar y reglamentar el encaje no se refiere a entidades de la naturaleza especial del Fondo NACIONAL DEL AHORRO , ni a los fondos de cesantías. Para tal efecto, basta leer lo que señala la norma:*

"***Artículo 16.- Atribuciones.*** *Al Banco de la República le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá:* ||*"a) Fijar y reglamentar el encaje de las distintas categorías de establecimientos de crédito y en general de todas las entidades que reciban depósitos a la vista, a término o de ahorro, señalar o no su remuneración y establecer las sanciones por infracción a las normas sobre esta materia. Para estos efectos, podrán tenerse en cuenta consideraciones tales como la clase y el plazo de la operación sujeta a encaje. El encaje deberá estar representado por depósitos en el Banco de la República o efectivo en caja."* ||*Cabe precisar que el Fondo NACIONAL DEL AHORRO no es una entidad financiera, no se rige por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y tiene una regulación legal propia.* ||*En consecuencia, no se violan los artículos 372, ni 136, numeral 1, de la Constitución"*[22].

La naturaleza de entidad financiera y crediticia del FONDO NACIONAL DEL AHORRO no se desdibuja por el hecho de que se encuentre sujeta a un régimen especial.

[22] Corte Constitucional. Sentencia C-625 de 1998. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

En efecto, es el propio legislador el que ha fijado en forma clara y nítida la naturaleza del fondo y previsto dicho régimen especial de un modo que no afecta dicha naturaleza, sino que la presupone, de tal suerte que la entidad objeto de regulación en lugar de corresponder a una entidad de una naturaleza diferente, corresponde simplemente a una modalidad especial del género de las entidades financieras y crediticias.

A este último respecto el Consejo de Estado, al conocer de una demanda contra el Decreto Reglamentario 1453 de 1998, por entonces vigente, expresó:

> *"(…) de conformidad con el artículo 1° de la Ley 432 de 1998, el Fondo NACIONAL DEL AHORRO es un ente de naturaleza financiera, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial dados los fines específicos que esta misma ley en su artículo 2° le otorga, de administrar de manera eficiente las cesantías y contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados con el fin de mejorar la calidad de vida.* ‖ *Precisamente dada su naturaleza especial, la misma Ley 432 de 1998, previó disposiciones especiales para el Fondo NACIONAL DEL AHORRO , de las cuales no gozan otras entidades* ***de naturaleza igualmente financiera****, como son el hecho de que el Fondo no tenga ánimo de lucro y por ende sus utilidades y excedentes financieros no se repartan sino que se deben reinvertir para el mejor desarrollo de su objeto, ni esté sometido al régimen de encaje ni de inversiones forzosas como lo dispone el artículo 4° de dicha ley; estas diferencias y otras contenidas en la norma fueron precisamente las que llevaron al Gobierno Nacional, mediante el artículo 55 del Decreto 1453 de 1998, norma acusada, a señalar que la actividad de la Superintendencia en relación con la entidad demandante, se llevara a cabo "en todo lo que no riña con las normas especiales contenidas en la Ley 432 de 1998".*‖*No encuentra la Sala que la disposición acusada, modifique, altere, o exceda la facultad reglamentaria; es claro que lo que el Gobierno Nacional dispuso fue, precisamente, que la Superintendencia al asumir sus actividades frente al FONDO tendría en cuenta esa naturaleza especial, lo cual implica el reconocimiento expreso de dicha especialidad.* ‖ *El Gobierno Nacional no consideró necesario expedir un reglamento específico en el cual se repitieran las disposiciones del Estatuto Financiero que sí deben aplicarse al Fondo NACIONAL DEL AHORRO , porque* ***comparte características de las Instituciones Financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria***

> *como es la captación y manejo de ahorros del público, sino que consideró suficiente disponer, como en efecto lo hizo, que la actividad se desarrollara en todo lo que no riña con las normas especiales contenidas en la ley reglamentada, con lo cual no sólo reconoció, se repite, la naturaleza especial del Fondo NACIONAL DEL AHORRO , sino que impuso excepciones a la actividad de supervisión de la Superintendencia Bancaria en la medida en que ésta sea incompatible con la naturaleza especial del Fondo.* ‖ *El Gobierno Nacional con su expedición sí respetó la naturaleza especial del ente demandado y por tanto en este aspecto no excedió la potestad reglamentaria, como lo considera la parte demandante"*[23]. (Se destaca por fuera del texto)

Más recientemente, sobre el mismo punto, el Consejo de Estado ha expresado:

> *"Señala el actor que se violan el artículo 1 de la Ley 546 de 1999 y la sentencia de la Corte Constitucional C-955 de 2000, porque allí se reconoce expresamente que el Fondo Nacional del Ahorro no es un establecimiento de crédito como lo pretende hacer creer la norma demandada. (…) No observa la Sala que se haya desconocido la norma transcrita, pues ni en ella ni en la norma demandada se afirma, como lo señala el actor, que el Fondo Nacional del Ahorro no es un establecimiento de crédito.* ‖*Lo que señala el artículo 1° de la Ley 546 de 1999, es que algunas entidades, entre ellas el Fondo Nacional del Ahorro pueden otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal colombiana o en Unidades de Valor Real, UVR, con las características y condiciones que aprueben sus respectivos órganos de dirección, siempre que los sistemas de amortización que decidan adoptar no contemplen capitalización de intereses, ni se impongan sanciones por prepagos totales o parciales. (…) Para el demandante se excede la potestad reglamentaria… (…) porque el artículo 14 de la Ley 432 de 1998 ordena al Gobierno expedir una reglamentación especial y la norma acusada hace una remisión a las normas generales, que no autoriza la Ley 432.* ‖*Al respecto considera la Sala que el hecho de que la norma demandada señale que respecto del Fondo Nacional del Ahorro la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) tendrá las mismas facultades de inspección, control y vigilancia con que cuenta frente a los demás establecimientos de crédito, en todo lo que no riña con las normas especiales contenidas en la Ley 432 de 1998, no implica una extralimitación de la potestad reglamentaria, pues tratándose como lo señala el artículo 1° de la Ley 432 de 1998, de una "Empresa Industrial y*

[23] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: Martha Sofía Sanz Tobón. Sentencia de 11 de octubre de 2007. Expediente: 11001-03-24-000-2004-00100-01.

Comercial del Estado ***de carácter financiero*** *del orden nacional, organizado como* ***establecimiento de crédito*** *de naturaleza especial", nada se opone a que, en virtud del interés general involucrado y la naturaleza de servicio público de la actividad que realiza el Fondo, el Presidente de la República hubiese determinado que le eran aplicables las normas de entidades semejantes.* ||*La naturaleza especial del Fondo Nacional del Ahorro no implica que la reglamentación que deba expedir el Gobierno deba alejarse de las medidas adoptadas para entidades similares, sin perjuicio de que, como lo expresa la norma atacada, se respeten las normas especiales de la ley 432 de 1998.* ||*Olvida el demandante que en la sentencia C- 1190 de 2000[10]*[24] *la Corte Constitucional manifestó que "no es dable confundir el régimen especial que dispone la Ley 432 de 1998 para la gestión encomendada al Fondo NACIONAL DEL AHORRO , habida cuenta de sus objetivos y funciones específicos, con el régimen de inspección y vigilancia, a que deba estar sometida esa entidad por razón de las actividades asignadas por la ley", y que en la misma providencia precisó:* ||*En la regulación legal, tanto la específica del Fondo (Ley 432 de 1998) como la ley marco relativa a las entidades que se ocupan del ahorro privado, y en la ley orgánica de la Superintendencia Bancaria, que fija procedimientos y mecanismos de inspección y vigilancia, encuentra la Corte el contorno necesario dentro del cual puede el Presidente de la República efectuar su función constitucional de reglamentación, a la cual considera referida la mención a "reglamentación especial" contenida en la disposición acusada y por ello la encuentra ajustada a la Constitución.* ||*Desde esta perspectiva resulta aún más clara la facultad que tenía el Presidente de la República para conferir a la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) respecto del Fondo Nacional del Ahorro las mismas facultades de inspección, control y vigilancia con que cuenta frente a los demás establecimientos de crédito, dejando a salvo las especificidades establecidas en la Ley 432 de 1998"*[25]*.* (las negritas del Consejo de Estado)

Para el Tribunal es claro entonces que, conforme a la definición legal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en el mismo coexisten las condiciones de Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, y conformada como entidad crediticia de naturaleza especial, esto es, que su régimen contractual corresponde al de las entidades financieras del Estado.

[24] [10] M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[25] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia de 2 de febrero de 2012. Expediente: 11001-03-24-000-2004-00052-01.

Nótese que, aun de contraerse el análisis a su condición primaria de Entidad Industrial y Comercial del Estado se llega a la misma conclusión, esto es, su sometimiento al derecho privado acompañado de su obligación de aplicar a su actividad contractual los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, lo mismo que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, al participar en un ámbito sujeto a la competencia y regulación del Estado como lo es la actividad financiera.

Se tiene así que el régimen de contratación del FONDO NACIONAL DEL AHORRO corresponde a las de las entidades financieras del Estado que poseen la condición de Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

En este contexto, el Decreto 2555 de 2010 "*Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*", reproduce lo dispuesto en el artículo 6 del ya mencionado Decreto 1453 de 1998:

> "***ARTÍCULO 10.5.1.1.1 Régimen jurídico.*** *En su condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, el Fondo NACIONAL DEL AHORRO es un establecimiento de crédito de naturaleza especial, con régimen legal propio.*
>
> ***Los actos** que la empresa realice **para el desarrollo y cumplimiento de sus actividades industriales y comerciales**, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia.*
>
> *Por tal virtud, el Fondo ejercerá sus funciones de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 432 de 1998, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el presente decreto y demás disposiciones que la reglamenten, así como las que rigen para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.*

> *Dada su condición de establecimiento de crédito de naturaleza especial, al Fondo NACIONAL DEL AHORRO no le resultan aplicables, por remisión, las normas de que trata el artículo 213 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*
>
> *De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4° de la Ley 432 de 1998, al Fondo NACIONAL DEL AHORRO le son inaplicables las disposiciones de que tratan las Leyes 50 de 1990 y 100 de 1993, salvo lo dispuesto expresamente en la Ley 432 de 1998"*[26].

Previamente a la vigencia del Decreto 2555 de 2010, el artículo 7 del Decreto 1453 de 1998 era claro y no da espacio a la duda al disponer:

> "***Artículo 7°. Régimen presupuestal y de contratación.*** *Su régimen presupuestal y de contratación es el de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero"*[27].

Guardan plena correspondencia con lo anterior los estatutos del FONDO NACIONAL DEL AHORRO vigentes, contenidos en el Acuerdo 941 de 1998 aprobado mediante Decreto 1454 de 1998:

> ***"ARTÍCULO 30. Régimen jurídico.*** *En su condición de empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, el Fondo NACIONAL DEL AHORRO es un establecimiento de crédito de naturaleza especial.*
>
> *Los actos que realice para el cumplimiento de las funciones administrativas que le haya confiado la ley son actos administrativos, sujetos al procedimiento gubernativo consagrado en el Código*

[26] En efecto, el texto del artículo 6 del Decreto 1453 de 1998 es el siguiente: "***Artículo 6°. Régimen jurídico.*** *En su condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, el Fondo Nacional de Ahorro es un establecimiento de crédito de naturaleza especial, con régimen legal propio.* ‖ *Los actos que la empresa realice para el desarrollo y cumplimiento de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia.* ‖*Por tal virtud, el Fondo ejercerá sus funciones de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 432 de 1998, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el presente decreto y demás disposiciones que la reglamenten, así como las que rigen para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.* ‖ *Dada su condición de establecimiento de crédito de naturaleza especial, al Fondo Nacional de Ahorro no le resultan aplicables, por remisión, las normas de que trata el artículo 213 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.* ‖ *De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4° de la Ley 432 de 1998, al Fondo Nacional de Ahorro le son inaplicables las disposiciones de que tratan las Leyes 50 de 1990 y 100 de 1993, salvo lo dispuesto expresamente en la Ley 432 de 1998*".

[27] El decreto fue derogado por el art. 12.2.1.1.4 del Decreto Nacional 2555 de 2010 que unificó la regulación de todo el sector.

Contencioso Administrativo.

Los actos que la empresa realice para el desarrollo y cumplimiento de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia.

En tal virtud, el Fondo ejercerá sus funciones de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 432 de 1998, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las demás disposiciones que la reglamenten, así como las que rigen para las empresas industriales y comerciales del Estado.

ARTÍCULO 31. Régimen de contratación. *Su régimen de contratación es el de las empresas industriales y comerciales del Estado de carácter financiero.*

Así las cosas, en materia contractual, al ser el FONDO NACIONAL DEL AHORRO una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, se le aplican las disposiciones legales y reglamentarias del derecho privado, propias del escenario en el que opera en concurrencia con otros agentes económicos pero, adicionalmente, en atención a factores tales como la participación de capital público en su conformación, su carácter instrumental como parte de la intervención del Estado en la economía, amén del interés público ínsito en sus objetivos misionales, con sobrada razón, por decisión del legislador, se sujeta, así mismo de forma imperativa, en el ejercicio de su actividad contractual, a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, lo mismo que al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. Con este régimen de fuentes dual, se armoniza el pleno respeto al principio de libre concurrencia en los mercados lo mismo que el imperativo de criterios de racionalidad económica y eficiencia propia de la operación de tales mercados, con la protección del patrimonio e interés público comprometidos en la constitución y devenir de este tipo de entidades.

En este mismo sentido, al referirse al régimen contractual de otra entidad financiera del Estado, como lo es el ICETEX, el H. Consejo de Estado puntualizó que a dicha entidad por ser entidad financiera del Estado se le aplicaban en materia de contratación:

> "*a. Normas especiales de la Ley 1002 de 2005*[28] *y, en lo allí no previsto,* ***las que rigen la contratación entre los particulares como son, entre otras, los Códigos Civil y de Comercio, así como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para las actividades financieras que le han sido autorizadas****;*
>
> *b. Por lo mismo, su actividad contractual está excluida de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y las normas que lo modifican o adicionan)*.
>
> *c.* ***En atención a los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007 aplicará los principios de la función administrativa y la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011)***.
>
> ***En relación con los citados principios, es pertinente recordar lo sostenido por la Sala de manera reiterada (19)***[29] ***en el sentido que la contratación estatal tiene un claro fundamento constitucional****, razón por la cual toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación (cuando sea procedente) de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P, que se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición), debido proceso (art. 29 C.P.), buena fe (art. 83 C.P), responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), libertad de competencia (art. 333 C.P.), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.), así como los*

[28] Al referirse la sentencia al ICETEX se refieren en primer término a esta ley que constituye el marco regulatorio de dicha entidad y que en el caso del Fondo Nacional del Ahorro lógicamente equivale a la ley a la ley 432 de 1998.
[29] (19) 31 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos n.º 2148, 2150 y 2156 de 2013, 2227 de 2014 y 2260 de 2015, solo por citar los más recientes.

principios de transparencia (20)[30], economía (21)[31] y responsabilidad (particulares de esta actividad y contenidos en la Ley 80 de 1993, arts. 23 a 27), junto con la selección objetiva que ordena la Ley 1150 de 2007 (art. 5), y los principios de planeación (22)[32] y precaución.

*Cabe mencionar que **estos principios** de la contratación estatal que el Legislador enuncia, precisa y regula de manera concreta en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, según señaló la Corte Constitucional "…**no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice**."*

"Por su parte, en relación con el artículo 267 C.P., en su actividad contractual el ICETEX debe considerar "que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales", según lo dijo lo Sala en el Concepto 2264 de 2015.

Entonces es claro que al ICETEX como entidad financiera estatal especial, en lo atinente a la actividad contractual que desarrolle su objeto, no le es aplicable el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública aunque sí los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal"[33] (Se destaca por fuera del texto).

[30] (20) El principio de transparencia (art. 24 de la Ley 80 de 1993, art. 2 Ley 1150 de 2007) es de imperativa aplicación en los contratos celebrados por las entidades estatales sometidas al derecho privado, pues si bien a través de estos negocios jurídicos -en los que se compromete su gestión y los recursos del patrimonio público para facilitar el cumplimiento de las funciones a ellas asignadas se flexibiliza el régimen jurídico contractual en algunos aspectos -por ejemplo, la modalidad de selección o la exigencia de garantías, entre otros-, su celebración y ejecución, además de ser imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier motivo de carácter subjetivo (político, económico o familiar, etc.), es decir, objetiva, debe hacerse en forma visible, diáfana, clara, motivada, pública, abierta y accesible a los interesados y a la comunidad, quienes así pueden controvertirla y ejercer un control de esta forma de contratación.

[31] (21) En cumplimiento del principio de economía (art. 25 de la Ley 80 de 1993), y también del deber de planeación y del principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si con antelación al inicio del proceso de selección del contratista no han analizado la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtenido las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), o no han elaborado los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones (No. 12 art. 25).

[32] (22) El principio constitucional de planificación y el deber de planeación contractual que surge del mismo, implica la necesidad de una política y conducta Estatal anticipadora y preventiva, con la cual se evite la producción de un daño con ocasión de posibles comportamientos que puedan generar incumplimientos por las entidades estatales involucradas en general en los contratos, incluyendo los contratos y convenios interadministrativos (arts. 1, 2, 90, 334, 339, 341 y 365 C.P., 25, 26 y 50 y ss. Ley 80 de 1993).

[33] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar. Providencia del 30 de abril de 2018. Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00027-00(2329).

4. PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA ALEGADA NULIDAD DEL CONTRATO OBJETO DEL PRESENTE PROCESO.

Como ya se indicó en la primera parte del laudo, la pretensión principal de la demanda se endereza a la declaratoria de nulidad del contrato.

En efecto, se ha solicitado "*la **nulidad absoluta** del contrato de compraventa de cartera celebrado entre el FONDO y la sociedad DISPROYECTOS S.A.S. el día veinte (20) de noviembre del año dos mil diecisiete (2017)*".

Al respecto, el escrito de la demanda soporta la pretensión en mención en tres fundamentos conceptuales, a saber:

(1) Violación de normas imperativas: "*(P)or haberlo suscrito con desconocimiento de las normas imperativas de derecho a las que debía restringirse*".

(2) Violación de principios: "*o con desconocimiento de los principios de contratación estatal*".

(3) Detrimento patrimonial: "*o con detrimento patrimonial de los recursos públicos del Fondo*".

Se solicita, como consecuencia de la nulidad deprecada, de una parte que se ordene a DISPROYECTOS S.A.S regresar al FONDO los créditos que están en proceso de cobro o no han sido cobrados para que su titularidad corresponda nuevamente a la entidad financiera y de otra, que se compulsen copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República

a los exfuncionarios del FONDO NACIONAL DEL AHORRO que intervinieron en la relación contractual, con el objetivo de que los entes de control determinen si a estos se puede atribuir responsabilidad disciplinaria y/o fiscal.

La parte Convocada se ha opuesto a la pretensión de nulidad sosteniendo como líneas de defensa o excepción, la incompetencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre la nulidad y la inoponibilidad para la Convocada de los reglamentos y elementos integrantes de la actuación precontractual del FNA respecto de los que alega ser un tercero de buena fe.

En efecto, en la contestación de la demanda, la Convocada formalmente planteó seis (6) excepciones, a saber: (1) "*Condición no cumplida-pretemporalidad*" de la acción de cuyo contenido se infiere que dicha excepción se refiere a las pretensiones de incumplimiento, resultando ajena al presente punto; "(2) "Ilegitimidad en la causa por activa" que la refiere a solicitudes relacionadas con el Contrato de Fiducia Mercantil de Garantía, de Administración, Pagos y Fuente de Pagos y que por lo tanto tampoco resulta pertinente al objeto de este acápite; (3) "*Culpa del Accipiens*" que al igual que la primera excepción aquí relacionada la circunscribe a la pretensión de incumplimiento y no la extiende a la de nulidad; (4) Como sexta excepción plantea la que nombra como "El ejercicio Arbitrario de la Propias Razones" y que referimos en cuarto lugar, para así cerrar el listado de las excepciones que en razón de la materia no resultan pertinentes y se excluyen del análisis de la pretensión de nulidad absoluta. Del conjunto de seis excepciones, únicamente se relacionan con la nulidad absoluta las restantes; (5) "Falta de Jurisdicción", en la que se cuestiona la competencia de la justicia arbitral para pronunciarse sobre la nulidad absoluta de un contrato estatal; e, (6) "Inoponibilidad", a partir de la cual se plantea la situación de tercero de la Convocada frente a los

reglamentos y actuaciones propias de la esfera del FNA, aserción que refuerza con una apelación a la buena fe propia y a la teoría del acto propio respecto de las actuaciones de la Convocante:

> *"INOPONIBILIDAD:*
>
> *Estriba en lo siguiente:*
>
> *Como es bien sabido, por dicho fenómeno, el acto jurídico tiene efectos frente a las partes involucradas. No así, respecto de terceros, quienes, por esa circunstancia, pueden valerse de ella, para que el memorado acto no tenga ningún efecto contra ellas.*
>
> *Al revisar el contenido de lo que hizo parte de los fundamentos o supuestos fácticos de la acción, sin duda, se advierte que los actos o hechos relatados no le son oponibles a la demandada en este juicio, no solo porque se trata de terceros, ajenos a aquella primera etapa sino porque concurrieron de buena fe a la celebración de un contrato.*
>
> *En esa medida, los actos respecto de los pretende (sic) sacar a relucir efectos, tales como la nulidad, no se predican de mis prohijados, es decir, no puede afectarlos de ninguna manera, como pretende la actora, evocando actos propios y actos ajenos, anteriores a la relación contractual que se pretende nulidificar o resolver, bajo la premisa de actos ajenos y propios de la demandante.*

Por su parte, el Ministerio Público luego de hacer un recuento del proceso, los extremos del debate y las pruebas, solicita se declare la nulidad absoluta del contrato:

> *"Las pruebas referidas en el acápite anterior informan que en la celebración del contrato de compraventa de cartera* ***no se contó con aprobación de la Junta Directiva****, sino que fue ofertado y aprobado por un comité sin competencia para ello, se desconocieron las previsiones contenidas en el* ***Manual Sistema de Administración de Riesgo Crediticio SARC*** *y en el* ***Reglamento de la Junta Directiva del FNA Acuerdo 2159 de 2016 art. 7****. Adicionalmente no existen documentos que plasmen criterios razonables y verificables para determinar porque se escogió esa intención de compra y no otra* ***y el precio se fijó el 70%*** *cuando el*

valor a pagar por los derechos litigiosos no podía ser inferior al 100% del saldo bruto(dictamen FNA).

(…)

Como quiera que se acreditó que la Junta Directiva no dio una aprobación previa a la operación de compraventa de cartera, sobre activos estratégicos como sostuvo la Superintendencia, por tratarse de un porcentaje alto de créditos hipotecarios (principal activo de la entidad), sino que fue manejada y decidida por otras instancias del FNA, surge evidente para esta agencia del Ministerio Público que el contrato de compraventa está viciado de nulidad absoluta por cuanto no se cumplieron las normas a las que estaba sujeto.

Cuál otro, sino este, podría ser activo estratégico teniendo en cuenta la naturaleza y actividad del FNA?

En el sub judice la prohibición expresa que configura la causal es la celebración de un contrato de compraventa de créditos como activo estratégico del FNA sin que hubiere sido aprobado por la Junta Directiva del mismo.

Además de la falta de aprobación, también se incluyeron en la compraventa créditos con calificación D, posibilidad no prevista en el Manual SARC. (Las negritas de la Procuraduría)"

4.1. Reiteración de la Competencia del Tribunal de Arbitramento.

El Tribunal, en primer lugar y previamente al análisis de fondo, reitera la competencia que como operador de justicia, en los términos del artículo 116 de la Constitución Política, 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y 1 de la ley 1563 2012 posee para conocer de las pretensiones de nulidad de un contrato e incluso la facultad que le cabe si es del caso, para decretar de oficio una nulidad absoluta en la hipótesis en que en desarrollo de su función jurisdiccional la encuentre configurada.

Los Tribunales de Arbitramento en los que intervenga una entidad pública suponen, por lo demás, la producción de un laudo en derecho, lo que

connaturalmente se opone a que, de existir efectivamente en un determinado evento evidencia acerca de la existencia de una nulidad de carácter absoluto que por tanto resulta contraria al ordenamiento, el respectivo Tribunal se abstenga de decretarla.

Por tanto, el control de la validez de los actos y contratos objeto de una controversia arbitral, máxime cuando la misma haya sido cuestionada por alguna de las partes, constituye un presupuesto de la producción de un laudo en derecho, con independencia de que la pretensión prospere o no.

Al no estar sujeta la nulidad absoluta al denominado principio dispositivo y, por tanto, poder ser decretada de manera oficiosa, la revisión de validez a cargo de los operadores jurídicos no se encuentra tampoco circunscrita a los reparos formulados por quien demanda dicha sanción legal.

Por tanto, el Tribunal de Arbitramento encuentra procedente reiterar los argumentos y decisión contenida en los Autos 22 y 23 del 12 de agosto de 2021.

4.2. Legitimidad de quien es parte de un contrato en la solicitud de la nulidad presuntamente derivada de la celebración del contrato.

Si bien, en el punto anterior queda claro que el Tribunal de Arbitramento puede pronunciarse incluso de manera oficiosa sobre la nulidad absoluta, dentro del alcance de las excepciones se cuestiona la presunta culpa de la parte Convocante, lo que en sus alcances puede enderezarse de entrada, a cuestionar la posibilidad que el FNA actúe en contravía de sus propios actos (*venire contra factum proprium non vale*t) o alegue la propia torpeza o incuria en su propio favor (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

El artículo 1742 original del Código Civil, disponía que la nulidad absoluta podía alegarse por todo el que tenga interés en ello, "*excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato*". Posteriormente, el artículo 90 de la ley 153 de 1887, reformatorio del artículo 1742, morigeró ligeramente la anterior regla al estatuir que: "*La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba*". Así mismo, el artículo 15 de la ley 95 de 1890 dispuso en igual sentido que la nulidad "*puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba*".

No obstante, a partir de la ley 50 de 1936 (Art.2), el texto del artículo 1742 fue reformado y posee el siguiente tenor:

> ***"Artículo 1742.*** *La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;* ***puede alegarse por todo el que tenga interés en ello****;* ***puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público*** *en el interés de la moral o de la ley. Cuando no sea generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria*". (Se destaca)

La nueva regla guarda mayor consonancia: (1) con el principio de soberanía del ordenamiento jurídico o imperio de la Constitución y de la ley (Arts. 6 y 95 CP), en virtud del cual, entre otros efectos: "*No podrán derogarse por convenios particulares las Leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*" (Art. 16 C.C.) y las leyes resultan vinculantes u obligatorias para los nacionales y residentes en el país (Art. 18 C.C.); (2) con el carácter vinculante de los contratos que el legislador no lo condiciona exclusivamente a la autonomía de la voluntad, sino que lo somete o condiciona igualmente al principio de legalidad, al disponer en el artículo 1602

del Código Civil que: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*"; y, (3) con el interés público implícito en la sanción de nulidad absoluta que trasciende al interés particular de quienes han intervenido en la celebración del contrato, que difícilmente se realizaría en la práctica si se limitase la legitimidad de las propias partes para el restablecimiento del interés público lesionado por la nulidad.

Nótese además que el cambio normativo se justifica mayormente en un contexto social y económico en el que las relaciones económicas se han corporativizado, de forma que el paradigma tradicional en el que las partes eran personas naturales, ha sido suplido por uno en el que las partes de las relaciones económicas más significativas son personas jurídicas, las que, a diferencia de la unicidad que caracteriza al sujeto de naturaleza humana, constituyen un constructo en el que existe un desdoblamiento temporal, funcional y orgánico de actores, roles y atribuciones. En este preciso contexto, se advierte la importancia creciente en la actualidad que revisten las instancias de control interno y externo en las personas jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado. No pocas veces un contrato que puede ser fruto de una actuación descuidada, culposa o dolosa en algún punto de la cadena de valor de la entidad o de quien a la sazón detente la representación legal, viene a detectarse con posterioridad a su firma por los órganos de control interno o una nueva administración que no debería encontrar cortapisas para restablecer el imperio de la ley.

Así las cosas, la actual redacción del artículo 1742 permite la actuación correctiva de quienes han sido parte de un contrato, por los que los reparos planteados por la Convocada no alcanzan a afectar la legitimidad de la

Convocante para solicitar la declaratoria de nulidad absoluta. En todo caso, se observa que el Tribunal cuenta con amplias facultades de carácter oficioso en el punto y que el Ministerio Público, según lo corrobora su intervención en el presente proceso, ha solicitado al Tribunal declarar la nulidad absoluta del contrato.

4.3. Oportunidad

El contrato "CONTRATO DE COMPRAVENTA DE CARTERA CELEBRADO ENTRE EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO LTDA (DISPROYECTOS LTDA)", figura suscrito el 20 de noviembre de 2017. Consta así mismo, tal y como ya se indicó en los antecedentes que el seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020), la Convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la demanda arbitral en contra de la Convocada. El Tribunal no advierte un defecto de falta de oportunidad en la actuación procesal relativa a la solicitud de nulidad absoluta. A esta convicción arriba por el carácter reciente de los hechos, a la luz de la ley y de la actuación procesal de las partes, lo cual impide predicar la configuración de una causal de caducidad que, de ocurrir, situación que se descarta, podría ser decretada oficiosamente, ni de prescripción, la cual, por lo demás requiere solicitud de parte que se corrobora no ha sido formulada.

4.4. La nulidad en el ordenamiento civil y comercial.

Sobre la nulidad absoluta, la posibilidad de decretarla incluso de manera oficiosa y la interpretación de sus causales, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

"Es sabido que los actos o negocios jurídicos pueden ser considerados ineficaces -en sentido lato- cuando, por determinadas circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico, ellos no producen los efectos de autorregulación de intereses previstos por las partes o tales efectos "están llamados a decaer en un momento posterior" (Scognamiglio, Renato. Teoría General del Contrato. Pág. 297). Dentro de las formas de ineficacia previstas por el legislador sobresale la nulidad o invalidez del acto o contrato, en virtud de la cual el ordenamiento lo priva o limita en cuanto a sus efectos vinculantes cuando el acto de disposición de intereses se encuentra en oposición a las normas jurídicas de rango superior que lo disciplinan. En el derecho civil colombiano la nulidad de los actos jurídicos se denomina absoluta cuando, como lo ha considerado tradicionalmente esta Corporación, el vicio de que adolezca lesiona "los intereses del orden público" (LIX, 424. Cas. Civ. 28 de agosto de 1945), expresión amplia que abarca diferentes hipótesis, algunas referidas a la licitud del negocio, otras a la presencia de los elementos o requisitos establecidos en consideración a la naturaleza del acto o contrato, y otras, incluso, a la observancia de las reglas de capacidad jurídica, todas ellas, en general, contempladas en normas que consagran ordenes o prohibiciones establecidas para tutelar o proteger intereses relevantes para la vida en sociedad. Sobre el particular, cumple recordar que, de acuerdo con el régimen legal previsto por los artículos 1740, 1741, y 2° de la Ley 50 de 1936, que subrogó el texto inicial del artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada oficiosamente por el juez cuando el respectivo vicio se evidencie de la simple lectura del acto o contrato; se puede alegar por todo el que tenga interés en ello o pedirse su declaración por el ministerio público en interés de la moral o de la ley; y es susceptible de saneamiento por ratificación de las partes, salvo que esté originada en objeto o causa ilícita, y, en todo caso, por prescripción extraordinaria. Así mismo, ha de señalarse que en el régimen legal colombiano las causas de nulidad absoluta son taxativas, de interpretación restrictiva, y corresponden, en el régimen del Código Civil, a la ilicitud en el objeto o en la causa, a la omisión de los requisitos o formalidades exigidos por la ley para el valor del acto o contrato en consideración a su naturaleza, o a la celebración de un acto jurídico por un incapaz absoluto. Si la irregularidad es diferente a cualquiera de las anteriores, el vicio del acto o contrato, tan solo produce la nulidad relativa"[34].

En cuanto al derecho mercantil, a cuya órbita se encuentra sujeto el negocio

[34] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de19 de diciembre de dos mil ocho 2008. Magistrado Ponente. Arturo Solarte Rodríguez. Referencia: 15001-31-03-003-1996-08158-01.

jurídico objeto de este Tribunal, el Código de Comercio, en el ámbito de los negocios jurídicos trabados entre quienes ejercen habitual y profesionalmente una actividad comercial, establece un régimen propio en lo atinente a las causales de nulidad absoluta, según el cual:

> "***Artículo 899.*** *Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*
> *1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*
> *2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y*
> *3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz".*

Sin perjuicio de lo anterior, dicha codificación remite en su canon 822 a la legislación civil, para muchos efectos que pueden resultar pertinentes a esta misma materia.

Tal y como se advirtió en un acápite anterior del presente laudo, el FNA se encuentra sujeto al régimen contractual previsto en el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 modificado por la ley 1150 de 2007 y al artículo 13 de la misma ley 1150 de 2007 al que lógica y temáticamente se refiere el reenvío legislativo:

> *"Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.*
>
> *En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley".*

El artículo 13 de la ley 1150 que, de acuerdo a su rúbrica se ocupa de los "*principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas*

al estatuto general de contratación de la administración pública", dispone:

> *"Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal*". *(Se destaca)*

Por tanto, se reitera, aplica a la actividad contractual del FNA la legislación especial, junto con la legislación financiera, comercial y civil propia del derecho privado en conjunción con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Es pues, en el anterior marco que se debe indagar si el negocio jurídico en cuestión es nulo absolutamente por alguna, algunas o la conjunción de las causales de nulidad absoluta previstas por el artículo 899 del estatuto mercantil, esto es, la lesión de una norma imperativa, la existencia de causa u objeto ilícitos o su celebración por persona absolutamente incapaz.

4.5. Análisis de la viabilidad jurídica a un nivel general de un negocio de compraventa de cartera judicializada por el FNA a la luz del régimen legal propio.

En vigencia del parágrafo 1 de la ley 80 de 1993, que excluía de la aplicación de dichos estatuto a los contratos que celebraren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de

carácter estatal que correspondieran "*al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social*", de manera que en dicho evento, libraba enteramente la actividad contractual, a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, resultaba particularmente importante definir nítidamente el ámbito de las actividades comprendidas dentro de dicho giro ordinario.

En ese sentido, el Decreto 679 de 1994, posteriormente derogado por el Decreto 734 de 2012, en su artículo 21 excluyó de los alcances del estatuto de contratación estatal: (i) Los contratos de las entidades financieras del Estado celebrados "*para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*"; (ii) Los "contratos que se efectúen en forma conexa con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquélla; y (iii) La contratación de la póliza global bancaria.

En este mismo contexto temporal, con base en el marco normativo y doctrinal, el Consejo de Estado de manera coincidente efectúo una triple distinción entre: (i) actividades que integran el objeto directo; (ii) actividades conexas que entiende como parte del giro ordinario y; (iii) actividades ligadas al normal funcionamiento de la Entidad, pero ajenas al giro ordinario de la misma:

> *"Así, estima la Sala, que el giro ordinario de las actividades propias de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, está intrínsecamente relacionado con la naturaleza de las actividades económicas que éstas están llamadas a desarrollar de manera habitual y profesional en este sector determinado de la economía. De este modo, corresponden al giro ordinario de sus negocios todos los actos y contratos relativos a la actividad principal, consignados en el acto de constitución y aquellos*

sin los cuáles la actividad económica no se podría concretar, todos los cuales, dada la naturaleza reglada del mismo, están definidos en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero.

Pero, existe una gama de contratos que deben realizar las empresas y sociedades estatales del sector financiero, bursátil y asegurador, cuya finalidad esencial es permitirle a la entidad ofrecer al mercado iniciativas y tecnologías de punta o anticiparse en éste a sus competidores, en síntesis, desarrollar una estrategia de mercado, que necesariamente tienen que estar comprendidos dentro del concepto de conexidad con el giro ordinario de sus actividades. Tal el caso, por ejemplo, de los contratos para la adquisición de equipos de alta tecnología para ofrecer mejores servicios asociados al manejo del dinero a sus clientes, de aquellos referentes a las campañas publicitarias y de todos aquellos que les ayudan a participar en el mundo de la competencia por el mercado, donde la oportunidad y el elemento "sorpresa" resultan relevantes para conquistar la clientela, factores propios de la competitividad que se perderían si no se pueden realizar con el sigilo propio de una estrategia de mercado.

(…)
No ocurre lo mismo con aquellos contratos que tengan por objeto, por ejemplo, la prestación de servicios de vigilancia o aseo, la adquisición de bienes inmuebles o muebles y enseres de uso ordinario, y en general, aquellos de utilidad similar a la señalada, que si bien están autorizados para celebrar, tienden a satisfacer necesidades comunes a cualquier entidad, no relacionadas con el giro ordinario de las actividades propias de su objeto social. Por lo mismo, los contratos que deben celebrar los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal que tiendan a satisfacer este tipo de necesidades, deben regirse por el Estatuto General de Contratación Estatal y no por las reglas del derecho privado, pues la excepción legal no las cobija"[35].

Como ya se ha reseñado, operó un giro normativo en la contratación de las entidades financieras estatales en el sentido de sujetar, al margen de las anteriores distinciones, toda su contratación a una misma fórmula que procura

[35] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri. Providencia de 29 de mayo de 2003. Radicación 1488. No sobra señalar al margen, que en dicho pronunciamiento, el Consejo de Estado consideró la existencia de una extralimitación de la potestad reglamentaria en el artículo 21 del Decreto 679 de 1994 al incluir un criterio cuantitativo en relación con los contratos conexos que disonaba con el enfoque cualitativo y conceptual de la ley que era objeto de reglamentación.

armonizar la naturaleza de su actividad y el ámbito donde la misma se desarrolla en el que existe una preponderancia del derecho privado, de una parte, con el patrimonio público e intereses misionales de esta misma naturaleza que deben caracterizar a dichas entidades estatales y que suponen una lógica de actuación que resulte coherente con dicha condición. De esta manera, las entidades financieras estatales se sujetan al derecho privado pero acompasado con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, notas que colorean la totalidad de su actividad contractual.

No obstante lo anterior, el encuadramiento o calificación en concreto de las actividades de las entidades financieras estatales como propias de su giro ordinario o no sigue siendo relevante desde varias perspectivas.

A nivel de la jurisdicción, el artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), actualmente vigente, excluye en su primer numeral del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: "*las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos*".

De otra parte y en lo que atañe al análisis de la validez del contrato no puede ignorarse el hecho de que las entidades que ejercen la actividad financiera se encuentran sujetas a los denominados estatutos especiales, por lo que la órbita de acción de las mismas se encuentra mucho más acotada que aquella que corresponde a otros operadores económicos.

En la actuación de la Superintendencia Financiera allegada al expediente consta que se formularon cargos inicialmente a la entidad por contravenir su objeto social que vincula su actividad crediticia a la colocación de créditos para vivienda y educativos:

> ***"2.3.1. Concepto de la Violación.***
>
> *Las situaciones observadas en el proceso de supervisión desarrollado frente al FNA, ponen en evidencia la presunta inobservancia y el presunto incumplimiento de algunas obligaciones que la ley impone a su cargo, respecto de la capacidad legal con la que cuenta el Fondo para adelantar actividades de otorgamiento de crédito, particularmente, las obligaciones impartidas en las normas descritas en el numeral 2.3.1.1 del presente Pliego.*
>
> *Es importante señalar que el FNA, en su calidad de establecimiento de crédito de carácter especial sometido a la inspección y vigilancia de esta Superintendencia, y en desarrollo de lo previsto en el artículo 3o de la Ley 432 de 1998, está sometido al cumplimiento de un marco normativo específico, el cual limita su capacidad legal para adelantar actividades de otorgamiento de crédito, el cual, al parecer, fue transgredido por el Fondo, como se indica en este Pliego.*
>
> *En relación con lo anterior, es necesario resaltar en primer lugar que, para la estructuración del negocio, la Vicepresidencia de Riesgos del Fondo solicitó a la Oficina Jurídica de dicha Entidad, 2 conceptos sobre algunos aspectos relacionados con la operación de la Cartera Negociada (en forma previa a la suscripción del respectivo Contrato de Compraventa). En uno de los conceptos se advirtió que la operación planteada(13)[36], al parecer configuraba una operación activa de crédito, y no correspondía a una operación del giro ordinario de los negocios del FNA, sin que el Fondo haya valorado las afirmaciones de la Oficina Jurídica respecto de la operación de la Cartera Negociada. Para mayor precisión se citan algunos apartes pertinentes del referido concepto en el que se indica:*
>
> *"(...) Dicha venta(14)[37], conlleva a su vez la creación de una 'cuenta por*

[36] (13) Documento PDF denominado "Concepto Jurídico 2", que hace referencia al concepto emitido por la oficina Jurídica del FNA dirigido a la Vicepresidencia de Riesgos, del 10 de febrero de 2017. Radicado 2018009259-009.

[37] (14) Corresponde a la nota No. 3 del Concepto de la Oficina Jurídica del 10 de febrero de 2017. En

cobrar(15)[38] a 'tasa cero' descripción de la cual se infiere que el pago de la cartera se realiza en el marco del mediano plazo o largo plazo, luego de su adquisición por un tercero no definido, elementos que no corresponden al giro ordinario de las operaciones autorizadas al FNA, ni a una venta pura y simple; y que así combinados pueden configurar una operación de crédito en sentido lato de acuerdo a las normas contables.(16)[39] (Subrayado nuestro)[40].

Estas afirmaciones son de la mayor relevancia, en el sentido que, si bien el FNA puede celebrar operaciones activas de crédito, las mismas solo puede tener una destinación específica y circunscrita a la financiación de vivienda o educación de los afiliados, como se observa expresamente en el artículo 3o de la Ley 432 de 1998, previamente transcrito.

En efecto, según el numeral d) de la norma mencionada, el FNA desarrolla "programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados", y es a este tipo de créditos a las cuales el FNA puede destinar su actividad crediticia, circunstancia que es de obligatoria observancia al tratarse de una autorización legal, que obliga a circunscribir el otorgamiento de crédito a las líneas de crédito que le son legalmente permitidas ofrecer conforme el artículo 3o de la Ley 432 de 1998, y que además, le impide a su vez otorgar crédito para actividades diferentes, como lo fue en este caso, el crédito otorgado a la compañía Disproyectos para la compraventa de la Cartera Negociada a partir de los términos de financiación en los que se celebró el Contrato de Compraventa (cláusula 5o del mismo).

De la información entregada por la misma entidad vigilada y las investigaciones adelantadas por esta Superintendencia, se advierte el presunto incumplimiento del artículo 3o de la Ley 432 de 1998, toda vez que el Fondo, conociendo la restricción legal consagrada en la norma en cita, según la cual solo le está permitido otorgar crédito para vivienda y educación, otorgó un crédito a favor de Disproyectos para la compraventa de la Cartera Negociada, violando al parecer la norma en cuestión, dado que esa financiación se destinó a una finalidad diferente a la adquisición de vivienda y educación, como fue la

esta nota al pie se cita en forma textual el artículo 98 del Decreto 2649 sobre reconocimiento de ingreso en venta de bienes.

[38] (15) Corresponde a la nota al pie No. 4 del Concepto de la Oficina Jurídica del 10 de febrero de 2017. En esa nota al pie se cita en forma textual el artículo 62 del Decreto 2649 sobre cuentas y documentos por cobrar.

[39] (16) Concepto de la Oficina Jurídica del FNA del 10 de febrero de 2017 (Memorando 03-2303-201702100002076), archivo PDF denominado CONCEPTO JURÍDICO 2. Radicado 2018009259-009.

[40] La nota entre paréntesis es de la Superintendencia Financiera.

> *compraventa de la Cartera Negociada, como se ha relatado en el presente Pliego de Cargos y de manera ampliada en el numeral 4.1.1 del Informe de Cumplimiento M-PI-SEG-155.*
>
> *Como consecuencia de la financiación a Disproyectos para la adquisición de la Cartera Negociada, presuntamente el Fondo incumplió el artículo 3o de la Ley 432 de 1998, que le permite otorgar créditos exclusivamente para adquisición de vivienda o para fines académicos, por lo que, con e! crédito otorgado para la adquisición de la Cartera Negociada, el FNA excedió su capacidad legal, lo que adicionalmente, se constituye en un presunto incumplimiento por parte del Fondo del literal I) del artículo 72 del EOSF, norma que obliga a las entidades vigiladas por esta Superintendencia, a abstenerse de realizar conductas que impliquen el incumplimiento de las obligaciones y funciones impuestas por la que la ley".*

El Tribunal no encuentra a primera vista en un plano general, bajo la noción de actividad conexa acabada de describir, una objeción legal a que una entidad como el FONDO NACIONAL DEL AHORRO pueda emprender una operación de venta de cartera o cesión de derechos litigiosos, pues si bien, tal tipo de operación no se encuentra inmersa dentro de las funciones u operaciones autorizadas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO por el artículo 3 de la ley 432 de 1998, no menos cierto es que la venta de cartera no es una actividad inusual en la gestión de las entidades financieras y conforme al literal g) del artículo 4 de la ley citada, se cuenta como parte de los recursos de funcionamiento de la entidad: "*g) El producto de las operaciones de venta de activos*".

La Superintendencia Financiera sobre bases similares se abstuvo de sancionar a la entidad por dicho cargo y, en lo que concierne a la nulidad, no se encuentra por parte del Tribunal en esta arista de la operación un motivo de nulidad.

Ahora bien, lo anterior no exonera al Tribunal de verificar de una manera más

precisa y concreta si el contrato objeto del presente proceso, ya no en un plano abstracto, sino en las condiciones pactadas y en la forma como se perfeccionó se ajusta o no al régimen legal propio DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO y si reviste validez por no caer dentro de las causales de nulidad absoluta previstas en el ordenamiento. Por ello, se deja claridad que hasta el momento se ha constatado simplemente que el FNA está habilitado legalmente para adelantar operaciones de venta de su cartera, lo que es sinónimo de determinar la validez del negocio objeto de escrutinio. El que el FNA pueda realizar una operación de esta estirpe no significa que lo pueda hacer válidamente en cualesquiera condiciones jurídicas y económicas, ni que los mecanismos para la toma de decisiones y el procedimiento contractual seguido por la entidad carezca de relevancia jurídica para efectos de determinar la validez del contrato resultante.

4.6. **Relevancia jurídica de la fase precontractual de un contrato para efectos de la determinación de la validez o nulidad del mismo**.

La parte Convocada asume que la fase precontractual en lo que atañe a la preparación del negocio jurídico, formación y maduración de la voluntad de su contraparte estatal, esto es, la actuación del FNA en la etapa previa a la materialización del contrato, en tanto estima hace parte de la esfera interna del FNA, no puede desplegar efectos adversos sobre la estabilidad del negocio jurídico ni oponerse a la Convocada, que no conocía de tales incidencias y concurrió a la formación y celebración del contrato de buena fe. En este sentido, en el cuestionario que formuló dirigido al representante legal, para efectos del informe escrito bajo juramento en los términos del artículo 195 del CGP, que fue absuelto por el FNA y obra en el expediente, varias de las preguntas según puede inferirse de su relación estrecha con las

afirmaciones contenidas en la contestación de la demanda, se encaminan a establecer que el FNA no le había compartido alguna información, de lo que pueden ser ejemplo las preguntas 2 y 3:

> *"**2.-** ¿Puede informar usted si durante la etapa precontractual o de ejecución del contrato de compraventa de cartera judicializada suscrito entre el Fondo Nacional del Ahorro - FNA y la Sociedad Diseños y Proyectos del Futuro S.A.S.-DISPROYECTOS S.A.S., algún funcionario, o persona facultada por la entidad que usted representa informó a DISPROYECTOS S.A.S. de la necesidad de que la venta de dicha cartera debía ser aprobada por la Junta Directiva del FNA?*
>
> ***3.-** ¿Puede usted informar si durante la etapa precontractual o de ejecución del contrato de compraventa de cartera judicializada suscrito entre el Fondo Nacional del Ahorro - FNA y la Sociedad Diseños y proyectos del Futuro S.A.S.-DISPROYECTOS S.A.S. se le puso de presente a la sociedad DISPROYECTOS S.A.S. el reglamento de la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro?"*[41]

[41] Otras preguntas relacionadas con la nulidad se enderezan en el mismo sentido o en el de procurar establecer algún elemento que contribuya a asentar la conveniencia y validez del negocio jurídico: "***9.**¿Puede usted exponer las razones por las cuales el Fondo Nacional del Ahorro, ofreció en venta la cartera hipotecaria judicializada vencida durante los meses de marzo, abril y mayo de dos mil diecisiete (2017) a las sociedades Refinancia S.A.S., Central de Inversiones S.A. - CISA, Covinoc, Sistemcobro S.A., Fiduagraria S.A., y Akerman Construcciones SAS CI? // **10.** ¿Puede usted informar si el área jurídica del Fondo Nacional del Ahorro aprobó la presentación de la oferta de venta de cartera hipotecaria judicializada a las sociedades Refinancia S.A.S., Central de Inversiones S.A. - CISA, Covinoc, Sistemcobro S.A., Fiduagraria S.A., y Akerman Construcciones SAS CI? // **11.** ¿Puede usted exponer las razones por las cuales el Fondo Nacional del Ahorro suscribió el contrato de enajenación de cartera hipotecaria judicializada de fecha veinte (20) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) con la sociedad DISPROYECTOS S.A.S.? // **12.** Puede usted informar si la entidad que usted representa realizo presentación de oferta de venta de cartera hipotecaria judicializada vencida a la Sociedad Fiduciaria Agraria de Colombia - Fiduagraria S.A. durante los meses de marzo, abril y mayo de dos mil diecisiete (2017)? En caso de ser afirmativa la respuesta ruego se sirva aportar el documento de presentación de oferta. // **13.** ¿Puede usted informar si en algún momento de la etapa precontractual se socializó por parte de la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro la intención de compra de la cartera hipotecaria judicializada vencida por parte de la sociedad DISPROYECTOS S.A.S.? // **14.** ¿Puede usted informar si en algún momento de la etapa contractual se socializó por parte de la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro la gestión de recaudo que en virtud del contrato de compraventa de cartera hipotecaria judicializada vencida de fecha veinte (20) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) se encontraba realizando la sociedad DISPROYECTOS S.A.S? (…) **17.** ¿Sírvase informar las razones que motivaron al FONDO NACIONAL DEL AHORRO - FNA a enajenar la cartera hipotecaria judicializada vendida que fue objeto de compra por parte de la sociedad DISPROYECTOS S.A.S. mediante contrato de fecha veinte (20) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)? (…) **22.**¿Sírvase informar si la Junta Directiva del FONDO NACIONAL DEL AHORRO - FNA, dejo constancia en algún documento, del que se desprenda no se encontraba de acuerdo o no consentía en la enajenación de la cartera hipotecaria judicializada vencida que fue objeto de venta el día veinte (20) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)?"*

Ciertamente la buena fe y la confianza legítima, -lo que puede comprender una exploración sobre la opacidad o la dinámica de la información durante la fase precontractual-, es o puede ser en algunos eventos un ingrediente importante en el juicio sobre la validez de un negocio jurídico e, incluso, en caso de decretarse una nulidad, corroborar la existencia o inexistencia de buena fe en alguno de los extremos de la convención, y también puede ser relevante para determinar los efectos jurídicos derivados de la misma.

Ahora bien, contrario a lo sugerido por la Convocada, la fase precontractual en toda su amplitud es un hito importante tanto en el ámbito privado como público y su análisis puede ser útil y pertinente en la detección de eventuales fallas genéticas que afectan la validez del negocio jurídico, sin que necesariamente todas las patologías de las que adolezca el negocio requieran ser conocidas en todos los casos por las dos partes como condición *sine qua non* para que el vicio produzca sus efectos deletéreos sobre el acuerdo. Lo anterior se fundamenta en la premisa elemental de que la nulidad absoluta protege el interés público, el que trasciende el interés particular de las partes en el contrato con independencia de la legitimidad de los intereses individuales en juego.

La fase previa a la suscripción del contrato es particularmente crucial en la contratación administrativa, en donde con independencia de que la actividad contractual de la entidad estatal se sujete por su estatuto legal al derecho privado, la actuación de la persona de derecho público en la fase precontractual se aborda para muchos efectos, como el control de la actuación estatal, bajo la lógica de la función pública. Así lo ha expresado con toda nitidez la jurisprudencia contencioso administrativa:

"(…) la Sala conviene la necesidad de reiterar las consideraciones esbozadas en un pronunciamiento dictado por esta Subsección en la pasada anualidad, en el cual se abordó el análisis concerniente a la posibilidad de controlar judicialmente las actuaciones propias del trámite precontractual que adelantan las entidades estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

En esa oportunidad, se inició por reconocer que las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen un régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado, de manera preponderante, como ordenador y determinador del aspecto sustantivo del negocio jurídico; y los principios de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como organizadores supletorios del anterior régimen cuando aplica al Estado.

Esta combinación de ordenamientos es clara en vigencia del artículo 13 de la Ley 1150, pero no lo fue antes de esta fecha, aun cuando sí fue ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, a tal punto que de allí se impulsó al legislador para sentarlo positivamente.

La circunstancia anotada ha suscitado en la actualidad interrogantes tales como ¿qué naturaleza tienen los actos pre-contractuales, qué naturaleza tiene el contrato y qué naturaleza tienen los actos contractuales e, incluso, los post-contractuales, cuando los expiden entidades excluidas de la Ley 80? Para despejar estas inquietudes, y por lo menos desde el punto de vista lógico, son admisibles tres respuestas:

i) Primera, que como la actividad pre-contractual de las entidades excluidas no se rige por la Ley 80 de 1993, sino por el derecho privado y los principios de la función administrativa, los actos tienen naturaleza civil o mercantil, y su juez es el de la justicia ordinaria.

ii) Segunda, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en actos civiles o mercantiles, pero su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque son las partes del proceso y no el régimen del acto las que definen la jurisdicción.

iii) Tercera, que la actividad pre-contractual de las entidades excluidas se expresa en actos administrativos y que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es quien los controla.

Las tres posturas tienen diferencias parciales, pero también semejanzas, y conviene precisar la posición del Consejo de Estado, de la cual procede la definición de la jurisdicción para conocer de estos asuntos.

En una sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 13 de abril

de 2011 –exp. 37.423, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa-, la Sala juzgó la validez del reglamento interno de contratación de la Empresa de Teléfonos de Bogotá. La entidad pública en ejercicio de su oposición negó la naturaleza administrativa del acto que contenía el procedimiento de contratación y, por tanto, desconoció la posibilidad de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo controlara a través de la acción de simple nulidad. Al resolver, la Subsección C concluyó que se trataba de un acto administrativo, concretamente de un reglamento (…)
(…)
Esta perspectiva de pensamiento la reiteró la Subsección A en la sentencia del 12 de febrero de 2014 –exp. 28.209, CP. Mauricio Fajardo Gómez, de conformidad con la cual la decisión de una entidad financiera de naturaleza pública consistente en no adjudicar un contrato, producto de una invitación privada formulada al amparo del derecho comercial, contenía una manifestación unilateral de la Administración que produjo efectos jurídicos, puesto que fue a partir de su conocimiento que el interesado vio frustrado su interés legítimo en la contratación:

"Todo lo anterior basta para concluir que el oficio No. 193 del 1 de febrero de 2000, en cuanto contuvo la decisión de no adjudicar el contrato a alguno de los proponentes y, por ende, produjo efectos jurídicos en la medida en que puso fin al procedimiento de selección e impidió al oferente que tenía el legítimo derecho a celebrar el contrato, constituyó un verdadero acto administrativo, por tanto susceptible de ser enjuiciado a través de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho que ahora se decide en segunda instancia".

Con apego a lo anotado, toda actuación administrativa, expresada o no bajo la forma de procedimiento, sin importar si el régimen sustantivo que la inspira es el derecho administrativo o el privado, forma parte de la actividad productora de actos administrativos -siempre que contengan una decisión que produzca efectos jurídicos-, por tanto, es susceptible de ser controlada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Esta conclusión, avalada en múltiples providencias, asegura la racionalidad de la actuación del Estado, el principio de legalidad, el control al ejercicio de la actividad administrativa y los derechos fundamentales.

La naturaleza del acto y su control se conecta con el primer principio, porque la existencia de un procedimiento no sólo resulta útil a quien lo realiza, para tomar una buena decisión, sino que sirve a la sociedad para garantizar que la entidad estatal que lo adelanta cumpla con las

normas que lo regulan.

El principio de legalidad no se desvanece porque la Administración se encuentre sometida al derecho privado, en cuanto los principios de la función administrativa siguen vinculados a la actuación contractual del Estado, al margen del régimen sustantivo del negocio jurídico, cuestión que justifica, adicionalmente, que el principio de legalidad se incorpore a ese sistema y, por tanto, se implemente para que la jurisdicción controle a la Administración.
(…)
Finalmente, los derechos fundamentales también se encuentran comprometidos en la respuesta que el Consejo de Estado ha brindado acerca de la naturaleza de los actos propios del procedimiento pre-contractual y contractual de las entidades excluidas de la Ley 80. En efecto, calificar un procedimiento de administrativo o dejar de hacerlo, y calificar un acto de administrativo o de mercantil tiene incidencia en la intensidad de la vigencia y protección de los derechos fundamentales: si la actuación y el acto son administrativos se incrementa el grado de vinculación de la entidad excluida a los derechos fundamentales.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo reconoce conscientemente esa relación, y apoyada en un juicio de ponderación elige la calificación o naturaleza jurídica que más garantías ofrece al sistema constitucional completo: el procedimiento es administrativo porque lo realiza la administración para cumplir una función administrativa asignada por el ordenamiento; y el acto es administrativo porque contiene una decisión enjuiciable ante la jurisdicción.

Esta elección, en todo caso, respeta el régimen sustantivo de derecho privado aplicable a las entidades excluidas -atenuado con la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, más la vigencia de los derechos fundamentales-. Por eso, se trata de una verdadera ponderación de valores y principios, porque el sacrificio de unos y otros no afecta la esencia de cada institución, pero se armonizan para que cada uno aporte lo mejor de su contenido, para construir una alternativa de derecho aplicable a la Administración"[42].

En todo caso, con independencia de la tesis que se asuma acerca de la naturaleza mercantil o administrativa de las actuaciones previas al contrato

[42] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 6 de julio de 2017. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00730-01(51920).

desplegadas por los servidores públicos de la entidad estatal, se encuentra por fuera de duda que las mismas no escapan al peso de gravitación del derecho público que orienta su desarrollo, pues la necesaria observancia de los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal, de la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, sumado al carácter reglado de las funciones propias en razón del estatuto de servidores públicos, cualifica y condiciona la proyección de los funcionarios y la entidad en el mercado en el que la empresa estatal despliega su objeto.

Nótese que atendida la condición de servidores públicos de quienes hacen parte de la plantilla o de la administración de las entidades estatales, el ordenamiento jurídico demanda de estos un patrón de conducta, por fuera del cual, dichos funcionarios pueden ser objeto de sanciones de carácter disciplinario, fiscal o incluso penal.

Así, por ejemplo, dentro de los delitos contra la administración pública que conforman el título XV del Código Penal (Ley 599 de 2000), se plasman en su capítulo cuarto ("*DE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS*"), varios tipos penales, a saber: (i) violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades[43]; (ii) interés indebido en la celebración de contratos[44]; (iii) contrato sin cumplimiento de requisitos legales[45]; y, (iv) Acuerdos restrictivos de la competencia[46].

[43] "**Artículo 408.Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.** El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de ..."
[44] "**Artículo 409.Interés indebido en la celebración de contratos.** El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de …".
[45] "**Artículo 410.Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.** El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de…"
[46] "**Articulo 410A. Acuerdos restrictivos de la competencia.** El que en un proceso de licitación pública,

La necesidad de una reconstrucción del *íter* previo al perfeccionamiento del contrato también ha quedado en evidencia en ese otro ámbito, en el que el análisis, así como mantiene peculiaridades propias, guarda cierta coincidencia, coherencia o familiaridad con el de otras jurisdicciones, especialmente en lo que toca a la integración de fuentes de derecho comunes, como se puede entrever en el caso de la doctrina de casación penal acerca de la celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales:

> *"(…) la jurisprudencia administrativa clasifica los contratos estatales en dos categorías, diferenciadas en punto del régimen jurídico aplicable. Por una parte, los contratos estatales propiamente dichos, reglamentados íntegramente por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias; por otra, los contratos especiales, sujetos a un régimen legal propio.*
> *(…) En relación con el ingrediente normativo requisitos esenciales, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos sustanciales, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal.*
> *Sobre este último particular, de cara al art. 410 del C.P., un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de, entre otros criterios, la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios de la contratación estatal, en tanto concreción de las máximas rectoras de la función administrativa (art. 209 de la Constitución). Sobre esa base, la jurisprudencia tiene dicho que los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación de la administración pública integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Ello, por cuanto tales principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que*

subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de …"

examinarse con remisión a aquéllos. Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados fundamentales.
(…)
Bien se ve, entonces, que el acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a todos los contratos estatales (CSJ SP 25 sept. 2013, rad. 35.344), al margen de que se encuentren regulados por la Ley 80 de 1993 o que estén reglamentados por algún régimen especial (CSJ SP 30 ene. 2008, rad. 28.434).

Y ello no sólo es así porque las máximas rectoras de la contratación estatal son una concreción de los principios constitucionales de la función administrativa, sino debido a que la existencia de reglas especiales que regulan determinados tipos contractuales y específicos procedimientos de contratación no implica que los principios consagrados en la Ley 80 de 1993, en tanto estatuto genérico para la contratación de la Administración Pública, sean ajenos a los contratos especiales y, por tanto, inaplicables a éstos.

Si a la categoría "contratos estatales" pertenecen tanto los actos contractuales propios de la Ley 80 de 1993 como los sometidos a reglamentaciones especiales, es claro que los pilares fundamentales que han de guiar la función administrativa, en su faceta contractual, informan transversalmente toda la contratación pública. El carácter especial de algunos regímenes contractuales tiene que ver, en estricto sentido, con las reglas que determinan su funcionamiento particular, no con los criterios básicos que han de orientar la actividad contractual del Estado.

(…) de acuerdo con la doctrina, más que excepciones totales al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, para cierto tipo de contratos o entidades se presenta es la exclusión de algunas reglas contenidas en la Ley 80 de 1993. Ello por cuanto los principios rectores de ésta tienen necesariamente que cobijar la contratación en donde una entidad estatal participe como contratante.

(…) Ese entendimiento de la aplicación transversal de los principios de la contratación estatal es acogido por el art. 13 de la Ley 1150 de 2007 -aplicable a toda la contratación con recursos públicos (art. 1o ídem)"[47].

[47] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de enero de 2017. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar. Proceso 48250. Providencia SP12-20017.

En algunas oportunidades la misma conducta o suerte de hechos, acciones u omisiones que apareja la responsabilidad y persecución penal a cargo de dicha jurisdicción especializada de corroborarse la violación efectiva al tipo penal, se desdobla o se traduce así mismo, ya sea en forma previa, concomitante o posterior a la decisión del juez penal en motivo de nulidad del contrato decretada en una jurisdicción distinta de corroborarse la ocurrencia de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento, como también puede ocurrir, atendida la diversidad de fuentes y abordaje, que la verificación a un nivel objetivo de muchas de estas circunstancias no alcance a cumplir los elementos que conllevan el reproche penal, pero sí la lesión efectiva al ordenamiento jurídico que amerite la nulidad del contrato.

La competencia del Tribunal se contrae a determinar la validez del contrato sujeto al derecho privado, a los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, según lo precave el régimen de las entidades financieras del Estado y solo para estos precisos efectos resulta pertinente revisar la génesis del negocio jurídico. Por ello, dentro de este mismo propósito, resulta también importante discernir el marco legal y reglamentario que disciplinaba al FNA, incluyendo su dinámica, al momento de estructurar y adelantar el proceso contractual que derivó en el negocio jurídico objeto del proceso.

La actividad de los particulares se rige por el principio de la autonomía privada, de manera que en todo aquello que la Constitución o la ley no prohíba gozan de un estatuto de libertad. En cambio, la actividad de los servidores públicos

es en esencia reglada (Arts. 6[48] y 122 inc.1 CP[49]), orientada a la satisfacción de los fines esenciales del Estado (Art. 2 CP[50]) y encuadrada dentro de los principios de la función administrativa (Art. 209 CP[51]).

Así que de entrada los parámetros para valorar la incidencia de la etapa precontractual en el perfeccionamiento del negocio jurídico no corresponden a los que aplicarían a la relación entre dos particulares que poseen un mayor nivel de autonomía y de disposición de sus propios intereses.

4.7. Regulación especial del FNA.

El contrato de acuerdo con la definición del artículo 864 del Código de Comercio es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. Resulta en este contexto evidente que cuando una entidad estatal entra a participar en la constitución de una relación patrimonial, con independencia de que la misma conforme a la ley se sujete al estándar del derecho privado, involucra tanto la actuación de

[48] **Artículo 6o.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.
[49] **Artículo 122**. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.
[50] **Artículo 2o.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.
[51] **Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.
Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

servidores públicos sujeta a los dictados de la función administrativa como la disposición del patrimonio público sujeto a los principios de la gestión y control fiscal.

4.7.1. Régimen institucional propio.

El artículo 15 de la ley 432 de 1998 definió que la **dirección** de la entidad estará a cargo de la Junta Directiva[52] y su **representación legal** estará a cargo de un director quien desarrollará las funciones fijadas en la ley y en los estatutos de la empresa[53].

[52] **Artículo 15. Órgano de dirección.** La Dirección del Fondo Nacional de Ahorro estará a cargo de una Junta Directiva de doce (12) miembros, así:
El Ministro de Desarrollo Económico o su delegado, quien presidirá;
El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado;
El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado;
El Ministro de Educación Nacional o su delegado;
El Jefe del Departamento Nacional de Planeación o su delegado;
Un representante de las Cajas de Compensación Familiar, con su respectivo suplente, designado por éstas;
Un representante de los gremios de la construcción, con su respectivo suplente, seleccionado por éstos;
Un representante de la Asociación Colombiana de Universidades, con su respectivo suplente, designado por ésta;
Tres representantes de los afiliados, con sus respectivos suplentes, designados por las Confederaciones de Trabajadores. Estos representantes deben ser afiliados activos al Fondo Nacional de Ahorro y pertenecerán a diferentes regiones del país;
El Director General del Fondo Nacional de Ahorro, quien actuará con voz pero sin voto.
Parágrafo. La Junta Directiva sesionará válidamente con la mayoría absoluta de sus miembros y de sus decisiones se tomarán por la mitad más uno de los asistentes.
El período de los representantes de los afiliados, de los gremios de la construcción, de la Asociación Colombiana de Universidades y del de las Cajas de Compensación Familiar será de dos (2) años.
Los suplentes de los miembros de la Junta Directiva únicamente actuarán en caso de ausencia temporal o definitiva de los principales.

[53] **Artículo 16. Director, representación legal.** La representación legal del Fondo Nacional de Ahorro estará *Formular la política general y los planes y programas del fondo en cumplimiento de los objetivos, de acuerdo con los lineamientos que trace el Gobierno Nacional;*

- *a) Controlar el funcionamiento general de la empresa y verificar su conformidad con la política adoptada;*
- *b) Cumplir y hacer cumplir las disposiciones consignadas en los presentes estatutos y las que se dicten para el funcionamiento del Fondo;*
- *c) Estudiar y aprobar los programas generales de inversión y de préstamos del Fondo;*
- *d) Estudiar y aprobar los presupuestos de funcionamiento e inversión del Fondo;*
- *e) Expedir el Reglamento de Crédito, de Cesantías, de Ahorro Voluntario y de Inversiones del Fondo;*
- *f) Aprobar la adjudicación de créditos a los afiliados, en cumplimiento del Reglamento de Crédito;*

Esta misma ley en su artículo 17 extiende la calidad de servidores públicos a los empleados de la entidad, sea como trabajadores oficiales o como empleados públicos:

> ***"Artículo 17. Clasificación de los servidores públicos del Fondo NACIONAL DEL AHORRO .*** *Los servidores públicos vinculados a la planta*

---

g) Aprobar las solicitudes que se presenten al Banco de la República para apoyo transitorio de liquidez, de conformidad con el artículo 373 de la Constitución Política y demás disposiciones sobre la materia;
h) Designar el representante de la Junta ante el Comité de Riesgos;
i) Adoptar el Código de Conducta y aprobar el manual de procedimientos que deberá observarse para prevenir el lavado de activos, así como designar el Oficial de Cumplimiento, de acuerdo con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás disposiciones pertinentes;
j) Señalar el plazo, el monto de interés y demás condiciones de las obligaciones que puede contraer el Fondo;
k) Velar por el estricto cumplimiento de las normas sobre evaluación de inversiones;
l) Examinar y aprobar los estados financieros del Fondo;
m) Ordenar la constitución de reservas ocasionales de conformidad con las disposiciones legales pertinentes;
n) Autorizar la contratación con empresas privadas colombianas de reconocida capacidad y experiencia para que presten servicios de auditoría externa sobre todos los recursos de la entidad, si así lo juzga conveniente, con arreglo al artículo 10 de la Ley 432 de 1998;
o) Conformar el Comité de Auditoría, de conformidad con las disposiciones legales y las emanadas de la Superintendencia Bancaria;
p) Fijar la política relacionada con las cesantías y el ahorro voluntario de los afiliados;
q) Adoptar los Estatutos Internos del Fondo y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno Nacional;
r) Determinar la estructura interna del Fondo para lo cual podrá crear, suprimir y fusionar dependencias y asignarle funciones y responsabilidades;
s) Adoptar la planta de personal de los empleados públicos y trabajadores oficiales, así como estudiar y aprobar la nomenclatura y remuneración de los trabajadores oficiales, y fijar las directrices y políticas que debe seguir el Representante Legal en el caso de que se celebren negociaciones colectivas;
t) Adoptar el manual de funciones y requisitos de los empleos de la planta de personal y los manuales de procedimientos del Fondo;
u) Autorizar las comisiones al exterior de los empleados públicos, sujetándose a las normas que rigen esta materia;
v) Delegar en el Director General, algunas de sus funciones y autorizar a éste para delegar en otros funcionarios algunas de las funciones que le correspondan, de conformidad con las normas legales vigentes;
w) Dictar su propio reglamento;

*Las demás que le señale la ley, las disposiciones relativas a las juntas directivas de los establecimientos de crédito y las que fije la Superintendencia Bancaria*a cargo de un Director General, quien será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción. Sus funciones serán las fijadas por la ley y los Estatutos de la Empresa.

de personal del Fondo NACIONAL DEL AHORRO serán trabajadores oficiales, con excepción de quienes desempeñen los cargos de Director General, Secretario General, Subdirectores Generales y Coordinadores de dependencias regionales, quienes tendrán la calidad de empleados públicos".

En desarrollo de la ley que definió la naturaleza, estructura y funciones del FNA, el artículo 6 de los estatutos del FONDO NACIONAL DEL AHORRO aprobados por Decreto 1454 de 1998 reiteró que la **dirección y administración** del FONDO NACIONAL DEL AHORRO será ejercida por la Junta Directiva conforme a las atribuciones que le confieren los estatutos y las normas vigentes sobre la materia. Dentro de las funciones de la Junta, el artículo 12 contempló:

a) *"Formular la política general y los planes y programas del fondo en cumplimiento de los objetivos, de acuerdo con los lineamientos que trace el Gobierno Nacional;*

b) *Controlar el funcionamiento general de la empresa y verificar su conformidad con la política adoptada;*

c) *Cumplir y hacer cumplir las disposiciones consignadas en los presentes estatutos y las que se dicten para el funcionamiento del Fondo;*

d) *Estudiar y aprobar los programas generales de inversión y de préstamos del Fondo;*

e) *Estudiar y aprobar los presupuestos de funcionamiento e inversión del Fondo;*

f) *Expedir el Reglamento de Crédito, de Cesantías, de Ahorro Voluntario y de Inversiones del Fondo;*

g) *Aprobar la adjudicación de créditos a los afiliados, en cumplimiento del Reglamento de Crédito;*

h) *Aprobar las solicitudes que se presenten al Banco de la República para apoyo transitorio de liquidez, de conformidad con el artículo 373 de la Constitución Política y demás disposiciones sobre la materia;*

i) Designar el representante de la Junta ante el Comité de Riesgos;

j) Adoptar el Código de Conducta y aprobar el manual de procedimientos que deberá observarse para prevenir el lavado de activos, así como designar el Oficial de Cumplimiento, de acuerdo con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás disposiciones pertinentes;

k) Señalar el plazo, el monto de interés y demás condiciones de las obligaciones que puede contraer el Fondo;

l) Velar por el estricto cumplimiento de las normas sobre evaluación de inversiones;

m) Examinar y aprobar los estados financieros del Fondo;

n) Ordenar la constitución de reservas ocasionales de conformidad con las disposiciones legales pertinentes;

o) Autorizar la contratación con empresas privadas colombianas de reconocida capacidad y experiencia para que presten servicios de auditoría externa sobre todos los recursos de la entidad, si así lo juzga conveniente, con arreglo al artículo 10 de la Ley 432 de 1998;

p) Conformar el Comité de Auditoría, de conformidad con las disposiciones legales y las emanadas de la Superintendencia Bancaria;

q) Fijar la política relacionada con las cesantías y el ahorro voluntario de los afiliados;

r) Adoptar los Estatutos Internos del Fondo y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno Nacional;

s) Determinar la estructura interna del Fondo para lo cual podrá crear, suprimir y fusionar dependencias y asignarle funciones y responsabilidades;

t) Adoptar la planta de personal de los empleados públicos y trabajadores oficiales, así como estudiar y aprobar la nomenclatura y remuneración de los trabajadores oficiales, y fijar las directrices y políticas que debe seguir el Representante Legal en el caso de que se celebren negociaciones colectivas;

u) Adoptar el manual de funciones y requisitos de los empleos de la

planta de personal y los manuales de procedimientos del Fondo;

v) *Autorizar las comisiones al exterior de los empleados públicos, sujetándose a las normas que rigen esta materia;*

w) *Delegar en el Director General, algunas de sus funciones y autorizar a éste para delegar en otros funcionarios algunas de las funciones que le correspondan, de conformidad con las normas legales vigentes;*

x) *Dictar su propio reglamento;*

y) *Las demás que le señale la ley, las disposiciones relativas a las juntas directivas de los establecimientos de crédito y las que fije la Superintendencia Bancaria".* (Subrayas del Tribunal)

De las reuniones, deliberaciones y decisiones de la Junta se deja constancia en un libro de actas y sus actos se instrumentan en documentos igualmente ordenados mediante enumeración sucesiva con indicación del día, mes y año que se denominan Acuerdos (Art. 15).

Por Acuerdo 2159 de 2016, en desarrollo del literal x) del artículo 12 de Decreto 1454, la Junta Directiva adoptó su propio reglamento en el que en el literal A del artículo 7 determinó dentro de las funciones "**exclusivas** e **indelegables** de la Junta Directiva" en materia de "*orientación estratégica*": "*c. Aprobar las inversiones, desinversiones u* ***operaciones de todo tipo*** *que por su* ***cuantía*** *o* ***características*** *puedan calificarse como estratégicas o que afectan activos o pasivos estratégicos del Fondo*".

De otra parte, la representación legal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO está a cargo del Director General, quien es agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, el cual, según lo dispone el artículo 18 del 1454 de 1998, posee las siguientes funciones:

a) *"Organizar, dirigir y controlar de conformidad con las directrices trazadas por la Junta Directiva, las actividades de la Empresa, ordenar el gasto y suscribir como representante legal los actos, contratos y convenios necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones asignadas a la entidad, con arreglo a las disposiciones vigentes y a los presentes estatutos;*

b) *Presentar a consideración y a aprobación de la Junta los planes y programas que se requieran para el desarrollo del objeto de la Empresa;*

c) *Dirigir, coordinar y vigilar la ejecución de los programas a cargo de la Empresa;*

d) *Presentar para estudio y aprobación de la Junta Directiva los proyectos de estatuto interno, estructura interna, la planta de personal y el respectivo manual de funciones y requisitos;*

e) *Nombrar, remover y dar posesión a los empleados públicos del Fondo NACIONAL DEL AHORRO , contratar y dar por terminado los contratos de los trabajadores oficiales y aplicar el régimen disciplinario, de conformidad con las normas legales vigentes;*

f) *Dictar el Reglamento Interno de Trabajo y el reglamento de higiene y seguridad industrial y someterlos a aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social;*

g) *Dirigir las relaciones laborales del Fondo, pudiendo delegar total o parcialmente esta función;*

h) *Delegar en los funcionarios del Fondo, el ejercicio de algunas funciones que lo son propias, cuando la Constitución, la ley o los estatutos lo permitan;*

i) *Someter a consideración y aprobación de la Junta Directiva el proyecto de presupuesto, sus adiciones y traslados, así como los estados financieros, de conformidad con las disposiciones orgánicas sobre la materia;*

j) *Constituir mandatarios y apoderados que representen a la entidad en los asuntos judiciales y demás de carácter litigioso;*

k) *Controlar el manejo de los recursos financieros, para que éstos se ejecuten de conformidad con los planes y programas establecidos y con las normas orgánicas de presupuesto;*

l) Crear y organizar mediante acto administrativo grupos internos de trabajo, teniendo en cuenta la estructura interna, los planes y programas institucionales;

m) Administrar y velar por la adecuada utilización de los bienes y fondos que constituyen el patrimonio de la empresa;

n) Crear y organizar los comités que estime necesarios para el cumplimiento de la misión institucional, mediante acto administrativo;

o) Rendir informes al Ministro de Desarrollo Económico, al Superintendente Bancario y demás organismos que los soliciten, sobre los estados de ejecución de las funciones, actividades desarrolladas y la situación general de la empresa;

p) Las demás que le sean asignadas por las normas legales que se relacionen con la organización y funcionamiento de la empresa que no estén expresamente atribuidas a otra autoridad, las que establezcan las disposiciones relativas a los representantes legales de los establecimientos de crédito y las que fije la Superintendencia Bancaria". (Subrayas del Tribunal)

4.7.2. Régimen funcional derivado de su condición de entidad financiera del Estado**.**

El carácter reglado e interés público que determina la estructura y funcionamiento del FNA se encuentra reforzado por la naturaleza financiera de su actividad definida en el artículo 335 de la Constitución como de interés público, lo que implica incorporar dentro del conjunto de fuentes normas de la regulación financiera a las que el régimen marco del FNA hace por lo demás un reenvío.

El artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone:

"Artículo 72. Reglas de Conducta de los Administradores. *Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales,*

> *revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas:*
> *(…)*
> *k) Incumplir o retardar el cumplimiento de las instrucciones, requerimientos u órdenes que señale la Superintendencia Bancaria sobre las materias que de acuerdo con la ley son de su competencia, y l) En general, incumplir las obligaciones y funciones que la ley les imponga, o incurrir en las prohibiciones, impedimentos o inhabilidades relativas al ejercicio de sus actividades*". (Subrayas del Tribunal)

En lo que respecta a la representación legal, el inciso 1 del artículo 74 EOSF consagra una presunción legal, presumiblemente en defensa de la confianza pública y certeza de las operaciones habituales en dicho mercado, según la cual: "*(l)a persona que ejerza la gerencia de un establecimiento bancario (…) sea como gerente o subgerente, tendrá la personería para todos los efectos legales y se presume, en el ejercicio de su cargo, que tiene autorización de la respectiva junta directiva para llevar la representación legal y obligar a la entidad frente a terceros, aunque no exhiba la constancia de tal autorización, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir para con dicha entidad, si hubiera procedido sin facultad suficiente cuando ha debido tenerla*".

Ahora bien, la disposición en cuestión debe armonizarse con las consecuencias derivadas de la naturaleza pública del FNA y, tampoco puede confundirse la noción de capacidad con la de representación:

> *"La capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (art. 14 de la C.P.), pues todas la tienen por el sólo hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar o legal (inciso final art. 1502 C.C.), que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin*

requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos.
(…)
De otra parte, la capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de "competencia"(9)[54], expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.). Como advierte la doctrina, mientras en el campo del derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el ámbito del derecho público la competencia supone un texto, de modo que si el órgano actúa fuera de competencia, el acto administrativo dictado es ilegítimo, tiene vicio de incompetencia y corresponde su nulidad(10)[55].

La representación (del latín representatio)(13)[56] se puede definir como la facultad que tiene una persona (natural o jurídica) de actuar, obligar y obrar en nombre o por cuenta de otra. De esta sencilla noción se colige que la naturaleza de la representación estriba en el ejercicio por el representante de los derechos del representado, declarando su voluntad y radicando los efectos jurídicos de los actos que celebre con terceros en éste, dentro del límite de sus poderes. La representación puede ser legal, voluntaria o judicial:

(i) La representación legal es aquella que emana directamente de ley, cuando por mandato de esta se le confía a otra persona la gestión de los intereses de una persona incapaz o que no puede o no debe vincularse por sí misma, por ejemplo, el caso de los padres, tutores o curadores respecto de los menores de edad, las personas con medida de interdicción, los ausentes, respectivamente.

(ii) *La representación voluntaria o convencional es aquella que surge de la autonomía privada de las partes, esto es, de un negocio jurídico celebrado entre el representado y el representante, en el que el primero autoriza al segundo para actuar en su nombre y representación, facultándolo para el ejercicio de los derechos de uso, goce o disposición en su caso, sobre los bienes (corporales o incorporales), o derechos cuyo ejercicio versa el acto de la representación (como en la modalidad de mandato con representación, prevista en los art. 1262 C.Co.). (…)*

[54] (9) Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 21 de septiembre de 2000, rad. 1.286, C. P. Augusto Trejos Jaramillo y concepto de septiembre 18 de 1987, rad. No. 143, C. P. Jaime Betancur Cuartas.
[55] (10) Díez, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Tomo 1, Ed. Plus Ultra. pp. 132 y ss.
[56] (13) Díez, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo,* Tomo 1, Ed. Plus Ultra. pp. 132 y ss.

(iii) *La representación judicial es aquella que confiere el juez al designar, en ciertos casos previstos en la ley, un representante denominado curador, con el fin de que defienda los intereses de quien no comparezca en juicio o esté ausente.*

Entendidas estas modalidades, es válido afirmar que dentro de la representación de origen legal se encuadra aquella que se ejerce respecto de las personas jurídicas(14)[57], de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, la ley y los respectivos estatutos internos y dependiendo si se trata de personas jurídicas de derecho público (Nación, departamento o municipios, etc.) o de derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, corporaciones e instituciones de utilidad común, etc.), así como de su naturaleza (en el caso de las segundas civil o mercantil). Estas personas jurídicas tienen capacidad para actuar, pero como son entes ficticios, lo deben hacer por medio de sus representantes legales, señalados por la Constitución Política, la ley, el acto de creación, los estatutos, según el caso. En efecto, tratándose de la representación de las sociedades mercantiles de conformidad con el tipo de sociedad, se atribuye a los administradores la facultad para celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad; en este sentido, el artículo 196 del Código de Comercio. (…) En definitiva, la representación es el otorgamiento (por ley o convenio) de facultades a una persona para obrar en nombre de otro, permitiendo que en el mundo del derecho puedan actuar ciertos sujetos que en principio no podrían hacerlo, como los incapaces (menor de edad, interdictos etc.) y las personas jurídicas, en este último caso bajo la denominación de representación legal; es decir, esta figura hace posible la capacidad de ejercicio de tales personas, pero, como quedó visto, no puede confundirse con ella"[58].

Por lo demás es claro que de acuerdo con el artículo 72 del EOSF dichos representantes deben actuar conforme a la ley y, tratándose de servidores

[57] (14) De todos modos, existe una corriente que ha denominado esta representación como orgánica o necesaria sobre la base de que las personas jurídicas cuentan con órganos de decisión y ejecución, siendo estos últimos los administradores, por conducto de los cuales obran y se obligan, según lo establecido en los documentos de creación o constitución y de sus estatutos, pues como entes ficticios que actúan en el tráfico jurídico no le es posible presentarse o manifestarse de otro modo que no sea por medio de esas personas naturales que conforman dichos órganos e investidas de esa función.
[58] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Subsección B. Sentencia de 8 de febrero de 2012. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

públicos, el principio de legalidad que informa la actuación administrativa posee un rango constitucional y se opone a dotar de eficacia una actuación por fuera de los límites de su competencia u órbita de actuación.

Ahora bien, conforme al numeral 3 del artículo 325 del EOSF que se ocupa de las funciones del supervisor, corresponde a la Superintendencia Financiera entre otras atribuciones: "*(…) 14) Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación; (…) 22) Imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisor fiscal o empleados de la misma, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las leyes, a los estatutos o a cualquier otra norma legal a que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria (…)*". (Subrayas del Tribunal)

De manera concordante, el numeral 1 del artículo 211 del EOSF que desarrolla el poder punitivo de la Superintendencia contempla sanciones a sus entidades vigiladas en caso de que aquellas:

> *"a) Incumplan los deberes o las obligaciones que la ley les impone;*
> *b) Ejecuten o autoricen actos que resulten violatorios de la ley, de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones;*
> *c) Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones, cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley;*
> *Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones o sanciones a que haya lugar."*

La actividad financiera, como se sabe, es una actividad calificada por la Constitución como de interés público (Art. 335 CP), sujeta a una intensa intervención y supervisión del Estado. Su marco regulatorio se encuentra configurado básicamente, por leyes cuadro (Art. 150-19, literal d) C.P.), decretos de intervención (Art. 189-25 C.P.) y regulación prudencial o técnica emanada especialmente de la Superintendencia Financiera, cuyos poderes de instrucción en esta materia, los ha desarrollado a través de instrumentos normativos como la Circular Básica Jurídica y la Circular Básica Contable y Financiera que hacen parte del poder reglamentario de la administración, bajo una modalidad de reglamento que la Corte Constitucional ha caracterizado como microrregulación:

> *"De acuerdo con los postulados de la doctrina clásica del derecho administrativo, la ejecución de los mandatos legales es la esencia de la función Administrativa del Estado. En este contexto, mientras el ejercicio de la función legislativa -que en primer lugar se le asigna al Congreso (Art. 150 C.P.) y, en circunstancias excepcionales, al Ejecutivo (Arts. 150-10, 212 C.P.)- va encaminado al establecimiento de normas obligatorias de carácter general, impersonal y abstracto, el de la función administrativa tiene por tarea la ejecución de esas medidas en el plano de lo particular y concreto.*
>
> *Es la prioridad, pues, de la función administrativa, resolver en el terreno práctico los cometidos fijados por las reglas del legislador, pues dada la generalidad de estas últimas es poco probable que su implementación pueda lograrse por sí misma.*
>
> *No obstante, en el terreno de la aplicación de la Ley, el aparato estatal también enfrenta la progresiva necesidad de afinar las disposiciones jurídicas con el fin de extender la voluntad del legislador a todos los campos a los que va dirigida. Es así como nuestro sistema jurídico ha dispuesto que la cabeza del Ejecutivo –el Presidente de la República- tiene entre sus funciones la de reglamentar la Ley (Art. 189-11), es decir, la de determinar la forma en que aquella debe ejecutarse o cumplirse, mientras que los organismos y autoridades que en la jerarquía administrativa lo suceden asumen cierta potestad regulativa, de carácter residual,*

accesorio o auxiliar, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general.

Así, mientras el Presidente expide las pautas para el cumplimiento de la voluntad legislativa, los organismos subordinados emiten la reglamentación necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida.

*Esta asignación gradual de potestad de reglamentación se justifica en la medida en que es en los organismos administrativos en donde reposa la información inmediatamente relacionada con el funcionamiento práctico de las herramientas de creación legislativa. La inmediación que se da entre dichos entes y los temas reales de implementación de la legislación imponen que sean estos los que señalen la **microregulación** de la **Ley**. La imposibilidad de previsión total por parte del órgano legislativo es -para muchos- suficiente sustento de la necesidad de que sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente"*[59].

Otra nota característica del ordenamiento jurídico del sector financiero colombiano, acorde con lineamientos y estándares internacionales de naturaleza prudencial como los sentados por los Acuerdos de Basilea, es la orientación de la actividad de supervisión y regulación hacia la exigencia y adopción por parte de las entidades financieras de mecanismos de buen gobierno y gestión eficiente de los riesgos envueltos en su actividad, de lo que es ejemplo las disposiciones que obligan a las entidades vigiladas a adoptar manuales y sistemas integrales de control del riesgos en materias tales como los riesgos financieros y de mercado (SARC o Sistema de Administración del Riesgo Crediticio; SARL o Sistema de Administración del Riesgo de Liquidez, SARM o Sistema de Administración del Riesgo de Mercado) o de riesgos operativos y de seguridad de la información (SARO Sistema de Administración del Riesgo Operativo) o de lavado de activos (SARLAFT o Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y

[59] Corte Constitucional. Sentencia C-917 de 2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

la proliferación de armas de destrucción masiva), entre otros.

En este mismo orden de ideas, es importante agregar, como se puede entrever de lo anterior, que la distinción entre la regulación estatal y la autorregulación se ha desdibujado en gran medida en el derecho administrativo actual, en tanto se ha extendido la técnica de instrumentalizar la autorregulación misma, haciéndola objeto de regulación por parte del Estado, lo que la doctrina alemana ha identificado como el concepto o dispositivo de control de la regulación de la autorregulación ("*Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept*")[60] y que tal y como lo sugirió la Corte Constitucional en una sentencia acerca de la autorregulación y disciplina en el mercado de valores, dicha técnica posee una larga tradición en el mundo y en el país en mercados regulados como aquel[61], por lo que encontró que las disposiciones

[60] Cfr. M Mercè Darnaculleta: Auterregulación y derecho público: la autorregulación regulada. Marcial Pons. Madrid. 2005, p. 85 y ss.

[61] Luego de hacer un recuento de las modalidades de la intervención del Estado en la economía, dentro de las que cabría la figura, la sentencia narra la evolución desde la autorregulación pura, hacia su reconocimiento y domesticación por parte del propio Estado. En cuanto a la autorregulación propiamente dicha, la Corte Constitucional señala: "*Desde una perspectiva jurídica amplia, la autorregulación hace alusión a la forma en que los particulares y las organizaciones privadas actúan y se relacionan. En este contexto, se define como el instrumento mediante el cual grupos de individuos y agentes de cualquier negocio o industria, con base en la autonomía que el ordenamiento les reconoce, acuerdan unas pautas de conducta o un marco jurídico de deberes y obligaciones recíprocas, cuyo incumplimiento tiene repercusiones de diversa naturaleza. (…) La autorregulación, como manifestación de la autonomía de la voluntad y fenómeno jurídicamente relevante, se desarrolla a través de tres funciones básicas: (i) una función reglamentaria, que consiste en la facultad de dictar o expedir normas sobre el funcionamiento de la actividad que regula; (ii) una función de supervisión, que la autoriza para exigir y verificar el cumplimiento de las normas de funcionamiento de la actividad; y (iii) una función resolutiva o disciplinaria, que se materializa en la potestad para imponer sanciones a quienes incumplan los códigos de conducta. Adicionalmente, la autorregulación puede comprende funciones de arbitraje y conciliación*". En cuanto al fenómeno de la regulación de la autorregulación, la Corte Constitucional se ubica en la materia objeto de la sentencia que es el mercado de valores. Al respecto destaca la importancia que tuvo la autorregulación en sentido propio en su evolución desde muy vieja data en el mundo y desde 1928 en el caso colombiano, con el surgimiento de la Bolsa de Bogotá. En el ámbito mundial, identifica el paso de la autorregulación plena a una objeto de intervención hacia la tercera década del siglo XX: "*La legalización de la autorregulación durante la década de los años treinta en los Estados Unidos y el Reino Unido, produjo dos consecuencias importantes para dicho fenómeno: la primera, que la autorregulación se introdujo como un mecanismo obligatorio en el mercado de valores; y la segunda, que la autorregulación mantuvo en cabeza de los agentes del mercado la facultad de dictarse sus propios reglamentos, pero bajo la supervisión estatal*". En cuanto al caso colombiano, dicho tránsito se daría a partir de la expedición del Decreto Ley 2969 de 1960 y se profundizaría en la regulación subsiguiente de la cual hace un completo recuento. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-692 de 2007.

que eran objeto de la demandada de constitucionalidad en lugar de vaciar o delegar funciones regulatorias del Estado constituían más bien un ejercicio más amplio de las mismas, en tanto se ocupaban de asegurar que la autorregulación a cargo de los particulares cumpliera una función complementaria alienada con los fines de la regulación estatal:

> *"Dentro del contexto de ampliar la cobertura de autorregulación, la nueva ley mantuvo el criterio de la **autorregulación regulada** o de la **intervención en la autorregulación**, contenido ya en la legislación vigente en referencia, lo cual significa que el Estado, por medio de sus órganos competentes, mantiene las funciones regulatoria y de vigilancia y control sobre la actividad bursátil. Desde este punto de vista, la ley acoge y reitera los principios de IOSCO[43] (Organisation of securities commissions), en el sentido de incorporar a su texto los siguientes parámetros: (i) que todo ente autorregulador debe estar sometido a la vigilancia del regulador estatal (arts. 3°, 6°, 25, 28 y 36); (ii) que el regulador estatal debe exigir a los organismos de autorregulación, antes de ser autorizados, estándares adecuados para operar en el mercado (arts. 7°, 22, 28, 74 y 88); y (iii) que una vez haya sido autorizado el autorregulador y se encuentre ejerciendo sus funciones, el regulador estatal debe asegurarse que el desarrollo de tales funciones atiendan al interés público (art. 30) (...)*[62]*"(Se destaca)*

En línea con lo anterior, el literal a) del Artículo 2.1.1.3.1 del Decreto 2555 de 2010, define el riesgo crediticio como "*la posibilidad de que un establecimiento de crédito incurra en pérdidas y se disminuya el valor de su Patrimonio Técnico como consecuencia de que sus deudores fallen en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones o cumplan imperfectamente las obligaciones financieras en los términos acordados*". Las entidades vigiladas están obligadas a: "*determinar el valor de los activos ponderados por nivel de riesgo crediticio*", para efectos de mantener un margen de solvencia y patrimonio técnico y

Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
[62] Ibidem.

adecuado[63], conforme a los criterios y relaciones previstas en la regulación[64].

[63] EOSF: "***Artículo 48.- Instrumentos de la Intervención.*** *//* ***1. Facultades del Gobierno Nacional.*** *En desarrollo de lo previsto en el artículo 46. del presente Estatuto, el Gobierno Nacional tendrá las siguientes funciones de intervención en relación con las entidades financieras y aseguradoras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y, en general, respecto de las entidades cuyas actividades consistan en el manejo, aprovechamiento y la inversión de recursos captados del público: (…)* ***c.*** *Establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de intervención mantengan niveles adecuados de patrimonio, de acuerdo con los distintos riesgos asociados con su actividad; (…)* ***e.*** *Determinar el margen de solvencia, el patrimonio técnico mínimo y el régimen de inversiones de las reservas de las entidades aseguradoras conforme a las normas legales respectivas; (…) h. Dictar normas que amplíen los mecanismos de regulación prudencial con el fin de que operen de manera comprensiva y consolidada y sean supervisados sobre tales bases. Esta facultad se ejercerá principalmente con el fin de integrar la supervisión de las filiales en el exterior de establecimientos de crédito (…)"*

[64] El Decreto 2555 de 2010 se ocupa de la materia a partir del artículo 2.1.1.1.1., en el que inicia por referirse al "***patrimonio adecuado***" en los siguientes términos: "*Los establecimientos de crédito deberán cumplir las normas sobre niveles de patrimonio adecuado y las relaciones mínimas de solvencia contempladas en este Capítulo, con el fin de proteger la confianza del público en el sistema y asegurar su desarrollo en condiciones de seguridad y competitividad. //* ***Parágrafo.*** *La Superintendencia Financiera de Colombia determinará las Instituciones Oficiales Especiales que deberán dar cumplimiento al presente Capítulo, analizando si la naturaleza de las operaciones de la respectiva institución se ajustan a las de un establecimiento de crédito, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2° del Decreto 663 de 1993 y demás normas pertinentes*". Entre los años 2012 y 2019, el texto de dicho decreto definió la relación de solvencia total, así: "***Artículo 2.1.1.1.2. Relación de Solvencia Total.*** *La relación de solvencia total se define como el valor del patrimonio técnico calculado en los términos de este Capítulo, dividido por el valor de los activos ponderados por nivel de riesgo crediticio y de mercado. Esta relación se expresa en términos porcentuales. La relación de solvencia total mínima de los establecimientos de crédito de los que trata este Capítulo será del nueve por ciento (9%)*". En el interregno comprendido entre agosto de 2018 y agosto de 2019, se definieron por el decreto las relaciones de solvencia complementarias de la siguiente forma: ***"Artículo 2.1.1.1.3 Relaciones de solvencia complementarias.*** *Las siguientes relaciones son complementarias a la relación de solvencia total y son también relaciones de solvencia. // La relación de solvencia básica se define como el valor del Patrimonio Básico Ordinario neto de deducciones, calculado en los términos de este Capítulo, dividido por el valor de los activos ponderados por nivel de riesgo crediticio y de mercado. Esta relación se expresa en términos porcentuales. La relación de solvencia básica mínima de los establecimientos de crédito de los que trata este Capítulo será del cuatro punto cinco por ciento (4.5%). // La relación de solvencia básica adicional se define como la suma del valor del Patrimonio Básico Ordinario neto de deducciones y el Patrimonio Básico Adicional, calculados en los términos de este Capítulo, dividida por el valor de los activos ponderados por nivel de riesgo crediticio y de mercado. Esta relación se expresa en términos porcentuales. La relación de solvencia básica adicional mínima de los establecimientos de crédito de los que trata este Capítulo será del seis por ciento (6%). // La relación de apalancamiento se define como la suma del valor del Patrimonio Básico Ordinario neto de deducciones y el Patrimonio Básico Adicional, calculados en los términos de este Capítulo, dividida por el valor de apalancamiento definido en el artículo 2.1.1.3.6 del presente decreto. Esta relación se expresa en términos porcentuales. La relación de apalancamiento mínima de los establecimientos de crédito de los que trata este Capítulo será del tres por ciento (3%)*". Previamente, solo se aludía a la relación de solvencia básica: "***Artículo 2.1.1.1.3 Relación de Solvencia Básica.*** *La relación de solvencia básica se define como el valor del patrimonio básico ordinario neto de deducciones, calculado en los términos de este Capítulo, dividido por el valor de los activos ponderados por nivel de riesgo crediticio y de mercado. Esta relación se expresa en términos porcentuales. La relación de solvencia básica mínima de los establecimientos de crédito de los que trata este Capítulo será del cuatro punto cinco por ciento (4,5%)*". Para estos mismos períodos, el texto a la sazón vigente del decreto dispuso que: "El cumplimiento de las relaciones de solvencia se realizará en forma individual por cada establecimiento de crédito. Igualmente, las relaciones de solvencia deberán cumplirse y supervisarse en forma consolidada…" y, en relación con el patrimonio técnico, el decreto dispuso: "***Articulo 2.1.1.1.5 Patrimonio Técnico***. *El cumplimiento de la relación de solvencia total se efectuará con base en el*

Adicionalmente, en la prevención y gestión de los riesgos financieros a los que se encuentra expuesta la entidad, ocupa un lugar central el Sistema de Administración de Riesgo Crediticio SARC que profundiza sobre una base preventiva los mecanismos de regulación prudencial y que es objeto de microrregulación en la Circular Básica Contable y Financiera, la cual ha tenido diferentes cambios a lo largo del tiempo.

El capítulo II, de la Circular Externa 032 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, titulado REGLAS RELATIVAS A LA GESTIÓN DEL RIESGO CREDITICIO, dispone en el numeral 1.2. que: "*Las entidades vigiladas deben evaluar permanentemente el riesgo incorporado en sus activos crediticios, tanto en el momento de otorgar créditos como a lo largo de la vida de los mismos, incluidos los casos de reestructuraciones. Para tal efecto, las entidades deben diseñar y adoptar un SARC*". Dicho SARC debe contar, al menos con los siguientes componentes básicos: (i) "*Políticas de administración del RC*"; (ii) "*Procesos de administración del RC*"; (iii) "*Modelos internos o de referencia para la estimación o cuantificación de pérdidas esperadas*"; (iv) "*Sistema de provisiones para cubrir el RC*"; (v) "*Procesos de control interno*".

Como componentes de las políticas de administración del riesgo crediticio se destacan la de (i) estructura organizacional[65]; (ii) límites de exposición

patrimonio técnico que refleje cada entidad, calculado mediante la suma del patrimonio básico ordinario neto de deducciones, el patrimonio básico adicional y el patrimonio adicional, de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos siguientes".

[65] ***1.3.1.1. Estructura organizacional*** *// Las entidades deben desarrollar una estructura organizacional apropiada para la administración del RC. Para el efecto, deben establecer y preservar estándares que permitan contar con personal idóneo para la administración de riesgos. De igual forma, deben quedar claramente asignadas las responsabilidades de las diferentes personas y áreas involucradas en los respectivos procesos, y establecerse reglas internas dirigidas a prevenir y sancionar conflictos de interés, a controlar el uso y a asegurar la reserva de la información.// Las entidades deben tener y aplicar la infraestructura tecnológica y los sistemas necesarios para garantizar la adecuada administración del RC, los cuales deben generar informes confiables sobre dicha labor.*

crediticia y pérdida tolerada[66]; (iii) otorgamiento de crédito[67]; (iv) garantías[68]; (v) seguimiento y control[69]; (vi) constitución de provisiones[70]; (vii) capital económico[71]; (viii) recuperación de cartera[72]; y (ix) bases de datos[73].

---

[66] ***1.3.1.2. Límites de exposición crediticia y de pérdida tolerada*** *// Las políticas deben incluir las pautas generales que observará la entidad en la fijación, tanto de los niveles y límites de exposición (iniciales y potenciales) de los créditos totales, individuales y por portafolios, como de los cupos de adjudicación y límites de concentración por deudor, sector o grupo económico.*

[67] "***1.3.1.3. Otorgamiento de crédito*** *// Las políticas deben precisar las características básicas de los sujetos de crédito de la entidad y los niveles de tolerancia frente al riesgo, discriminar entre sus potenciales clientes para determinar si son sujetos de crédito y definir los niveles de adjudicación para cada uno de ellos.*

[68] "***1.3.1.4. Garantías*** *// Las políticas deben definir criterios para la exigencia y aceptación de garantías para cada tipo de crédito. En lo que se refiere a avalúos de los bienes recibidos en garantía, la política debe contener criterios de realización de avalúos que se refieran a su objetividad, certeza de la fuente, transparencia, integridad y suficiencia, independencia y profesionalidad del avaluador, antigüedad y contenido mínimo del avalúo.*

[69] ***1.3.1.5. Seguimiento y control*** *// Las entidades deben tener un sistema de seguimiento y control del RC de los diferentes portafolios, lo cual implica un proceso continuo de clasificación y recalificación de las operaciones crediticias consistente con el proceso de otorgamiento. Las políticas deben precisar la frecuencia del seguimiento y señalar los criterios de calificación*

[70] "***1.3.1.6. Constitución de provisiones*** *// Las políticas deben prever sistemas de cubrimiento del riesgo mediante provisiones generales e individuales que permitan absorber las pérdidas esperadas derivadas de la exposición crediticia de la entidad y estimadas mediante las metodologías y análisis desarrollados en el SARC. // Las políticas de provisiones deben considerar explícitamente los ajustes contracíclicos de los modelos, de manera que en los períodos de mejora en la calidad crediticia se constituyan mayores provisiones de las que serían necesarias en tales condiciones, a fin de compensar, al menos en parte, las que deberían constituirse en períodos de deterioro en la calidad crediticia. // Estos ajustes pueden hacerse mediante provisiones individuales y/o provisiones generales.*

[71] "***1.3.1.7. Capital económico*** *// Se entiende por capital económico la estimación del nivel de patrimonio necesario para absorber las pérdidas no esperadas de la entidad. Si bien todavía no es una exigencia regulatoria, es deseable que las entidades inicien un proceso de estimación de este capital con metodologías internas*

[72] "***1.3.1.8. Recuperación de cartera*** *// Las entidades deben desarrollar políticas y procedimientos que les permitan tomar oportunamente medidas para enfrentar incumplimientos con el objeto de minimizar las pérdidas. // Estas políticas deben ser diseñadas con base en la historia de recuperaciones y las variables críticas que determinan la minimización de las pérdidas. La información sobre los resultados de estas políticas debe ser almacenada como insumo para el afinamiento de los modelos desarrollados para el seguimiento y estimación de pérdidas."* Mediante Circular 026 de septiembre de 2017, se adicionó el siguiente sub-numeral relativo a políticas de reestructuración de créditos: (…) ***1.3.1.8.1 Políticas para la reestructuración de créditos*** *// Las políticas para la reestructuración de los créditos deben definir como mínimo lo siguiente: // a. Los requisitos y criterios para que un deudor pueda ser sujeto de reestructuración, los cuales deben guardar relación con los niveles de tolerancia al riesgo y el plan de negocio definidos por la entidad. // b. Los mecanismos que se implementarán para la identificación y seguimiento de las operaciones reestructuradas, incluida la calificación de riesgo de las mismas. // c. Los órganos que al interior de la entidad analizarán y tomarán las decisiones de aprobación de reestructuración, sus responsabilidades y atribuciones, así como su nivel de independencia respecto de las áreas responsables del otorgamiento. // d. Las consecuencias del incumplimiento de las políticas de reestructuración. // e. Los mecanismos mediante los cuales se divulgará al consumidor las condiciones para acceder a una reestructuración*

[73] ***1.3.1.9. Políticas de las bases de datos que soportan el SARC*** *// Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1.3.3.1 del presente capítulo sobre la extensión de las bases de datos que se emplearán en la*

4.8. Análisis de la validez del contrato.

Un primer reparo efectuado tanto por la parte Convocante como por el Ministerio Público a la validez del contrato consiste en que el representante legal del FNA al suscribirlo actuó *ultra vires*, en tanto omitió el requisito de la aprobación de la operación de venta por parte de la Junta Directiva, órgano del FNA que determinó como facultad propia, exclusiva e indelegable aprobar "*las inversiones, desinversiones u operaciones de todo tipo que por su cuantía o características puedan calificarse como estratégicas o que afecten activos o pasivos estratégicos del Fondo*". Esta omisión que ahora se invoca como fuente de nulidad absoluta, fue objeto de reparo y de sanción administrativa por parte de la Superintendencia Financiera. En el marco de dicha investigación, los funcionarios del FNA alegaron que la autorización del máximo órgano social dispuesta en el reglamento de la Junta, en el caso específico no resultaba procedente, en la medida en que dicha función ya había sido ejercida por la Junta de un modo general al impartir su aprobación al SARC que reguló la venta de cartera. La parte Convocada asume que se trata de reglamentos o documentos internos que no conoció y que no le resultan oponibles.

El Tribunal observa que dentro de la normatividad institucional del FNA publicada en la página Web de la entidad en desarrollo de los artículos 5 literal

construcción de los modelos internos para la medición del riesgo de crédito de los diversos portafolios, las demás bases de datos que empleen las entidades en el proceso de administración del riesgo crediticio p. ej., otorgamiento, seguimiento, cobranza etc., deben tener una longitud mínima de siete (7) años. //Las entidades cuyas bases de datos no cumplan con la longitud exigida en el presente numeral, deberán presentar ante esta Superintendencia dentro de los seis meses siguientes a vigencia de la presente circular, un plan de ajuste en el cual se expongan los procedimientos y fechas en las cuales se logrará cumplir con este requisito.

a)[74], 7 inciso primero[75] y 9 literal d)[76] del artículo 9 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014, figura el Acuerdo 2159 de 2016 acompañado del reglamento de la Junta Directiva del FNA y, de otra parte, que el contrato suscrito hace en sus consideraciones una referencia explícita al SARC como fundamento de la viabilidad del contrato:

> *"(…) d) Que el numeral 11.6.7.4 (venta y cesión de derechos de crédito o derechos litigiosos), en su subnumeral 11.6.7.4.2 (venta de derechos litigiosos) del Manual SARC del FNA contempla y permite la venta objeto del presente contrato. Que previamente a la suscripción del presente documento se cumplieron con todas y cada una de las condiciones señaladas en el subnumeral pre citado".*

Ahora bien, la importancia de estos reglamentos que se fundan en normas de mayor rango (Art. 15 de la ley 432 de 1998, literales a), d), f), u) y x) del artículo 12 del Decreto 1454 de 1998, numeral 14 del Artículo 325 del E.O.S.F., Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera, entre otras), al margen de su conocimiento por la parte Convocada o de su carácter interno, importan desde la perspectiva de la actividad constitucionalmente reglada de los servidores públicos que intervinieron en el proceso de la formación de la voluntad contractual y el contrato frente a los cuales resultan

[74] "***Artículo 5. Ámbito de aplicación***. *Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados: // a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital…*"

[75] "***Artículo 7. Disponibilidad de la Información.*** *En virtud de los principios señalados, deberá estar a disposición del público la información a la que hace referencia la presente ley, a través de medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica. Los sujetos obligados deberán tener a disposición de las personas interesadas dicha información en la Web, a fin de que estas puedan obtener la información, de manera directa o mediante impresiones. Asimismo, estos deberán proporcionar apoyo a los usuarios que lo requieran y proveer todo tipo de asistencia respecto de los trámites y servicios que presten…*"

[76] "***Artículo 9. Información mínima obligatoria respecto a la estructura del sujeto obligado.*** *Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan: (…) d) Todas las normas generales y reglamentarias, políticas, lineamientos o manuales, las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos y los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestal e indicadores de desempeño;(…)*"

claramente vinculantes e, igualmente, desde la perspectiva de la verificación de la observancia de los principios de la función pública y gestión fiscal llamados a gobernar la contratación de las empresas financieras del Estado, conforme a lo previsto en los artículos 13 y 15 de la ley 1150 de 2007.

Como bien lo anotó al margen el perito consultado por el FNA, el SARC no constituye propiamente un manual de contratación. Pese a lo anterior, fija reglas y parámetros de actuación frente a un conjunto de operaciones del FNA, dentro de las que se contempla la venta de crédito y derechos litigiosos. Nota el Tribunal, desde ahora, que si bien el SARC constituye por ello un elemento importante en la valoración del proceso contractual y del contrato, dicho manual por su naturaleza ha sido construido bajo la lógica de la gestión del riesgo crediticio y, por tanto, no necesariamente responde plenamente a las exigencias de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal que informan la contratación de una entidad como el FNA.

4.8.1. Los conceptos jurídicos tenidos en cuenta por la administración de entonces en torno a la viabilidad de la operación de acuerdo al SARC y la pretendida facultad del representante legal para suscribir el contrato sin la autorización expresa de la Junta Directiva**.**

Según se desprende del literal d) del contrato y otros antecedentes obrantes en el expediente como los conceptos internos, los descargos y explicaciones frente a la Superintendencia Financiera, entre otros, se estimó por parte de los funcionarios que intervinieron en dicho proceso que la venta en cuestión correspondía a una operación dentro del giro ordinario de las actividades del FNA como entidad financiera del Estado, lo que en su criterio, ubicaba la venta por fuera del manual de contratación que excluía de sus alcances dichas

operaciones y las sujetaba al SARC, en la medida en que dicho instrumento se ocupaba de las operaciones financieras del fondo en desarrollo de su objeto social. Es así como el considerando c) del contrato, señala al respecto:

> *"c) Que el presente contrato se encuentra exceptuado de la aplicación del manual de procedimientos de contratación (código: gj-mn-contratacion), del FNA por cuanto en el numeral 2.6 del mismo se señala lo siguiente:*
>
> "***2.6. EXCEPCIONES:*** *No se entenderán sujetas a este Procedimiento las operaciones financieras, tales como: Operaciones de derivados, créditos y empréstitos, inversiones financieras, titulas valores, contratos interbancarios, contratos de leasing en cualquiera de sus modalidades, contratos celebrados con la Banca Multilateral, encargos fiduciarios para la administración de recursos de terceros, contratos celebrados con las calificadoras de riesgo, con la Titularizadora colombiana, aquellos cuyo objeto sea la estructuración de mecanismos de financiación y fondeo, contratos con la Bolsa de Valores de Colombia, contratos de información financiera, y en general todos aquellos contratos que se celebren en desarrollo de las operaciones autorizadas al FNA y sus conexos.*
> *Los contratos derivados de los contratos celebrados con la Banca Multilateral se regirán por las normas establecidas por el organismo multilateral que aportará los recursos para su ejecución. Por tratarse de una operación (…)*"

Consistente con lo anterior, al regularse en el SARC las políticas y condiciones generales para las operaciones propiamente financieras del FNA, los funcionarios que participaron en el proceso encontraron en tal circunstancia una justificación para abstenerse de obtener previamente a la celebración del contrato la autorización de la Junta Directiva de la entidad, de tal suerte que el considerando j) del contrato expresa: "j*) Tanto EL VENDEDOR como EL COMPRADOR tienen capacidad jurídica plena, y quienes los representan en este CONTRATO ostentan facultades suficientes para celebrarlo y para obligar a sus representadas, de conformidad con los términos del mismo*".

No obstante, en un concepto anterior, la oficina jurídica de dicha entidad pese a reconocer la viabilidad jurídica de una operación de venta de cartera del FNA como entidad vigilada a partir de lo dispuesto en el Art. 68 EOSF, en la que encuentra un soporte para la operación, sostuvo inicialmente la necesidad de acudir a la autorización del máximo órgano social, esto último, aunque no se trataba de la venta de la totalidad de dichos activos ni de una porción igual o superior a la prevista en el aparte final de dicha disposición[77]. En realidad, la opinión jurídica del FNA en cuestión hace pender la necesidad de acudir a dicho órgano social, de que las condiciones de la operación impliquen una variación respecto de los lineamientos generales definidos por la misma Junta en el SARC.

La oficina jurídica del FNA, en el primer concepto aludido, expone inicia por exponer el régimen especial al que se encuentra sujeta la entidad, conforme al artículo 10.5.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, el cual, como ya se ha señalado en este laudo establece que el FNA ejercerá sus funciones de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 432 de 1998, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el decreto 2555 de 2010, demás disposiciones

[77] ***Artículo 68.- Aspectos generales de la cesión de activos, pasivos y contratos***. // *1.* ***Facultad de ceder***. *Las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, por disposición legal o decisión de la* ***asamblea general de accionistas o del órgano que haga sus veces****, podrán ceder* ***la totalidad*** *de sus activos y pasivos, así como de los contratos que les hayan dado origen, con sujeción a las reglas que a continuación se indican. // 2.* ***Procedencia de la cesión****. La cesión de activos, pasivos y contratos sólo será procedente cuando se establezca que las sociedades cedente y cesionaria cumplirán las normas de solvencia vigentes, una vez se produzca la cesión. // 3. Procedimiento. Los contratantes en los negocios jurídicos celebrados intuitu personae, así como los titulares de acreencias que sean parte de contratos comprendidos en la cesión, deberán expresar su aceptación o rechazo a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes al envío por correo certificado del aviso de cesión, a la dirección que figure como su domicilio en los registros de la entidad. De no recibirse respuesta dentro del término fijado se entenderá aceptada la cesión. La cesión en ningún caso producirá efectos de novación. // El rechazo de la cesión facultará a la entidad para terminar el contrato sin que haya lugar a indemnización, procediendo a la liquidación correspondiente y a las restituciones mutuas a que haya lugar. En todo caso, no se requerirá la aceptación del contratante cedido cuando la cesión sea el resultado del ejercicio de la facultad de que trata el numeral 3. del artículo 325 del presente Estatuto. // 5. Aplicabilidad de las presentes disposiciones. Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente cuando se trate de una* ***cesión de más del veinticinco por ciento (25%)*** *de los activos, pasivos y contratos de una institución financiera.*

reglamentarias y el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, precisando dicho decreto además que dada su condición de establecimiento de crédito de naturaleza especial, "*al FONDO NACIONAL DEL AHORRO no le resultan aplicables, por remisión, las normas de que trata el artículo 213 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*", esto es, las normas aplicables a los establecimientos de crédito.

Bajo la anterior premisa, la oficina jurídica del FNA recordó en esta primera ocasión que la Superintendencia Financiera a través de los oficios 201504010003000 y 2015012395-003-00, al ser consultada por el FNA acerca de la posibilidad de emprender nuevas actividades o efectuar operaciones autorizadas a los bancos, previno a la entidad en tanto sujeta a los denominados estatutos especiales de realizar interpretaciones extensivas de sus facultades en contravención del ordenamiento jurídico.

No obstante, según se deduce del concepto en mención, en lo que se refiere a la cartera, el artículo 68-1 del EOSF permite dicha operación a las entidades vigiladas en proporciones mayores a las proyectadas por lo que *a fortiori* debería darse por sentada su viabilidad en el caso, según parece, opinó la división jurídica del FNA. Al respecto puntualiza el concepto:

> *"(…) de conformidad con lo señalado en el artículo 68 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las entidades sometidas a su vigilancia están facultadas para ceder total o parcialmente los activos (cartera), pasivos y contratos. Así mismo, la cesión de la cartera puede ser efectuada a un tercero sin que se exija ser un sujeto calificado(3)[78]. // Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el artículo 68 del EOSF que condiciona esta facultad a la existencia de una* ***disposición legal*** *o decisión de la asamblea general de accionistas o del órgano que haga sus veces"[79].*

[78] Concepto 2010084484-001 del 29 de diciembre de 2010 SFC.
[79] Fondo Nacional del Ahorro. Memorando 03-2303-20170209000192 de la Oficina Jurídica, del

Dicho lo anterior, el concepto citado repasa las distintas fuentes legales relacionadas con las operaciones de transferencia de cartera, a saber: (i) La titularización de cartera hipotecaria y contratos de Leasing prevista en el artículo 12 de la ley 546 de 1999[80]; (ii) La cesión de créditos contemplada en el

09/02/2017, dirigido a Guillermo Rodríguez Esteves, Vicepresidente de Riesgos y suscrito por Hernán Alonso Gutiérrez Vallejo.

[80] ***Artículo 12. Titularización de cartera hipotecaria y de los contratos de leasing habitacional.*** <Artículo modificado por el artículo 71 de la Ley 1328 de 2009> *Sin perjuicio de la autorización legal con que cuentan las sociedades fiduciarias, los establecimientos de crédito y las entidades descritas en el artículo 1o de la presente ley podrán emitir títulos representativos de (i) cartera hipotecaria correspondiente a créditos hipotecarios desembolsados y a créditos hipotecarios futuros en desarrollo de contratos de compraventa de créditos hipotecarios futuros, y (ii) contratos de leasing habitacional, para financiar la construcción y la adquisición de vivienda, incluyendo sus garantías o títulos representativos de derechos sobre los mismos y sobre las garantías que los respaldan y los bienes inmuebles que constituyen su objeto para el caso de contratos de leasing habitacional, cuando tengan como propósito enajenarlos en el mercado de capitales. Dichos títulos sólo contarán, de parte de los respectivos emisores, con las garantías o compromisos respecto de la administración y el comportamiento financiero de los activos, que se prevean en los correspondientes reglamentos de emisión. // Los establecimientos de crédito podrán otorgar garantías a los títulos representativos de proyectos inmobiliarios de construcción. // Los establecimientos de crédito y las entidades descritas en el artículo 1o de la presente ley también podrán transferir su cartera hipotecaria correspondiente a créditos hipotecarios desembolsados y a créditos hipotecarios futuros en desarrollo de contratos de compraventa de créditos hipotecarios futuros, incluyendo las garantías o los derechos sobre los mismos y sus respectivas garantías, así como los contratos de leasing habitacional incluyendo los bienes inmuebles que constituyen su objeto, a sociedades titularizadoras, a sociedades fiduciarias en su calidad de administradoras de patrimonios autónomos o a otras instituciones autorizadas por el Gobierno Nacional, con el fin de que estas emitan títulos hipotecarios con sujeción a la normatividad aplicable a la titularización de tales activos hipotecarios. Los títulos hipotecarios emitidos a partir de contratos de leasing habitacional se sujetarán a las mismas reglas, condiciones y beneficios aplicables a los títulos emitidos en desarrollo de procesos de titularización de cartera hipotecaria en los términos definidos en la presente ley y en sus normas reglamentarias pertinentes. // Cuando en desarrollo de esta autorización se movilicen activos de manera directa o se transfieran para su posterior movilización, se entenderá que los activos transferidos no se restituirán al patrimonio del originador ni al del emisor, en los casos en que este se encuentre en concordato, liquidación, o cualquier otro proceso de naturaleza concursal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 964 de 2005 o en la norma que lo sustituya o modifique. // El Gobierno Nacional señalará los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de los diferentes títulos que se emitan en desarrollo de procesos de titularización de activos hipotecarios, promoviendo su homogeneidad y liquidez. En todo caso, los títulos a que se refiere el presente artículo serán desmaterializados. //* ***Parágrafo.*** *La transferencia de cualquier crédito, garantía, contrato o derecho sobre los mismos, que se realice en desarrollo de procesos de movilización de activos hipotecarios de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, no producirá efectos de novación y se entenderá perfeccionada exclusivamente con la transferencia del título representativo de la obligación correspondiente o mediante la cesión del contrato de leasing habitacional. Dicha cesión no generará derechos o gastos notariales ni impuesto de timbre. // En los procesos de titularización de contratos de leasing habitacional, la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles objeto de dichos contratos se perfeccionará en cabeza de las sociedades titularizadoras, de las sociedades fiduciarias o de las otras instituciones que autorice el Gobierno Nacional, mediante la cesión del contrato de leasing habitacional. Para tal efecto, en el documento de cesión correspondiente se deberá dejar constancia de que la misma tiene por fundamento exclusivo el desarrollo de un proceso de titularización del contrato de*

artículo 24 de la ley 546 de 1999[81]; (iii) La venta de cartera morosa a la Central de Inversiones prevista en el artículo 238 de la ley 1450 de 2011 modificado por el artículo 163 de la ley 1753 de 2015[82]; y; (iv) La venta de derechos litigiosos

leasing habitacional. Sólo será necesaria la escritura pública cuando se efectúe la transferencia del dominio del inmueble a título de leasing habitacional a favor del locatario, una vez se ejerza la opción de adquisición y se pague su valor. // La Superintendencia Financiera tendrá, respecto de los procesos de titularización de activos a que se refiere el presente artículo, las facultades previstas en el último inciso del artículo 15 de la Ley 35 de 1993.

[81] ***Artículo 24. Cesión de Créditos.*** <Artículo modificado por el artículo 38 de la Ley 1537 de 2012> *En cualquier momento, los créditos hipotecarios para vivienda individual y sus garantías podrán ser cedidos, a petición del deudor, a favor de otra entidad financiera o de cualquiera de las entidades a que se refiere el parágrafo del artículo 1o de la presente ley. // Para tal efecto, las entidades a que se refiere el artículo 1o de la presente ley o las sociedades titularizadoras o sociedades fiduciarias, según el caso, autorizarán, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, la cesión del crédito y sus garantías, una vez el deudor entregue la oferta vinculante del nuevo acreedor. La superintendencia financiera reglamentará las condiciones para la legalización de las cesiones. // Dicha cesión se entenderá perfeccionada exclusivamente con la transferencia del título representativo de la obligación correspondiente y tendrá los efectos previstos por el artículo 1964 del Código Civil. En cualquier caso a garantía hipotecaria cedida en desarrollo de lo dispuesto en el presente artículo, respaldará el crédito desembolsado por el nuevo acreedor para el pago de la cesión. // La cesión de créditos no generará derechos notariales, registrales e impuestos de timbre.*

[82] ***Artículo 238. movilización de activos.*** <Artículo modificado por el artículo 163 de la Ley 1753 de 2015> *A partir de la expedición de la presente ley, las entidades públicas del orden nacional con excepción de las entidades financieras de carácter estatal, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las entidades en liquidación, deberán vender los inmuebles que no requieran para el ejercicio de sus funciones y la cartera con más de ciento ochenta (180) días de vencida, al colector de activos de la Nación, Central de Inversiones (CISA), para que este las gestione. // La cartera de naturaleza coactiva y la que no esté vencida, podrá ser entregada en administración a CISA. (El registro de la transferencia de los inmuebles entre las entidades públicas y CISA, estará exento de los gastos asociados a dicho acto. // **Parágrafo 1o.** Se exceptúa a las entidades públicas de la obligación de vender su cartera a Central de Inversiones (CISA) cuando se haya iniciado el cobro coactivo. Se entenderá que ha iniciado el cobro coactivo cuando se haya librado mandamiento de pago. Se exceptúa igualmente la cartera proveniente de las operaciones de crédito público celebradas por la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales.// **Parágrafo 2o.** La forma, los plazos para el traslado de los recursos que genere la gestión de los activos a que se refiere el presente artículo, las condiciones para determinar los casos en que un activo no es requerido por una entidad para el ejercicio de sus funciones, el valor de las comisiones para la administración y/o comercialización serán reglamentados por el Gobierno nacional. // **Parágrafo 3o**. Los negocios que se celebren con Central de Inversiones (CISA) se realizarán mediante contrato administrativo y bajo las condiciones que fije el modelo de valoración definido por el Gobierno nacional para CISA. // **Parágrafo 4o**. En los eventos en que la cartera sea de imposible recaudo por la prescripción o caducidad de la acción, por la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que le dio origen o por la inexistencia probada del deudor o su insolvencia demostrada y por tanto no sea posible ejercer los derechos de cobro o bien porque la relación costo-beneficio al realizar su cobro no resulta eficiente; las entidades públicas ya señaladas, podrán realizar la depuración definitiva de estos saldos contables, realizando un informe detallado de las causales por las cuales se depura y las excluirá de la gestión, el Gobierno nacional reglamentará la materia. // **Parágrafo 5o.** Los inmuebles que se hubieran transferido por parte de las Entidades Públicas a Central de Inversiones (ISA) en virtud del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y del artículo 26 de la Le 1420 de 2010, que a la fecha de expedición de la presente ley no hayan sido enajenados por CISA, podrán enajenarse por esta entidad de acuerdo a sus política y procedimientos. Los recursos obtenidos por estas ventas así como los frutos de dichos bienes, se girarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público al final de cada ejercicio por CISA una vez*

prevista al momento del concepto en el numeral 5.1.20.45 del Manual SARC del FNA.

Sobre esta última alternativa, por la que finalmente se decantó el FNA, el concepto anota:

> *"En el escrito que atendemos, se indica que la operación de venta de cartera propuesta, obedece al deterioro de la cartera desembolsada para adquisición de vivienda y el consiguiente aumento del índice de cartera vencida, aspectos relacionados con el régimen patrimonial y financiero del FNA, sujeto en su manejo a las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia -SFC- sobre administración de riesgos implícitos en sus actividades (5)[83], entre las cuales encontramos la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995 que en el Capítulo II, contiene las reglas relativas a administración de riesgo de crédito.*
>
> *Para dicho efecto, la junta directiva del Fondo Nacional del Ahorro en la sesión 798 del 23 de septiembre de 2013, modificado en la sesión 863 del 27 de octubre de 2016 adoptó el Manual SARC del FNA que contiene las políticas de administración de riesgo de crédito, de constitución de provisiones(6)[84], calificación de cartera, permanencia de reclasificación, que establece la posibilidad de venta de derechos de crédito o derechos litigiosos en los siguientes términos:*
>
> ***5.1.20.4.5. Política Venta Derechos de Crédito o Derechos Litigiosos**. La*

descontados los costos asumidos por esta entidad así como la comisión por la venta fijada según sus políticas y procedimientos…".

[83] (5) Articulo 10.5.2.1.1 (Articulo 11 del Decreto 1453 de 1998 modificado por el Decreto 1200 de 2007. articulo 11). Patrimonio adecuado y relación de solvencia. El Fondo Nacional de Ahorro deberá cumplir con las disposiciones sobre niveles de patrimonio adecuado y relación mínima de solvencia previstas para los establecimientos de crédito. De conformidad con el parágrafo del articulo 4º de la Ley 432 de 1998, los excedentes financieros del Fondo Nacional de Ahorro se computarán como patrimonio básico para estos efectos. El Fondo Nacional de Ahorro deberá cumplir con las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la manera como se deberán administrar los riesgos implícitos en sus actividades. (Las negritas son del FNA)

[84] (6) Las políticas deben prever sistemas de cubrimiento del riesgo mediante provisiones generales e individuales que permitan absorber las pérdidas esperadas derivadas de la exposición crediticia de la entidad y estimadas mediante las metodologías y análisis desarrollados en el SARC. Las políticas de provisiones deben considerar explícitamente los ajustes contracíclicos de los modelos, de manera que en los periodos de mejora en la calidad crediticia se constituyan mayores provisiones de las que serían necesarias en tales condiciones, a fin de compensar, al menos en parte, las que deberían constituirse en periodos de deterioro en la calidad crediticia. Estos ajustes pueden hacerse mediante provisiones individuales y/o provisiones generales.

venta de los derechos litigiosos es una herramienta de recuperación de cartera en donde un tercero le hace una oferta económica (en dinero) al FNA por un proceso jurídico que la entidad adelanta en contra de uno de sus deudores.

Condiciones

La cesión de los derechos de crédito puede aplicarse a cualquier tipo de Cartera
La etapa base del proceso es el Mandamiento de Pago
La cesión puede, aplicarse en cualquier etapa del proceso y únicamente para créditos en calificación E
El comprador -de los derechos debe cumplir con SARLAFT. Aplicar listas restrictivas.
El precio de la venta del Derecho de Crédito será mínimo el saldo del capital de la obligación.
La oferta será aprobada por el comité de Cobranzas, único ente que podrá tomar este tipo de decisiones.

En este punto cabe anotar que cuando el FNA realiza la llamada "venta de cartera morosa" en etapa judicial, lo que hace es una cesión a título oneroso de sus derechos como acreedor de esta clase de cartera, en consecuencia se debe observar el marco normativo de este tipo de negocios, estipulado en el Código Civil y en el Capítulo VI del Código de Comercio y en cuanto al procedimiento se regirá por lo previsto para esta clase de situaciones en el Código General del Proceso.
(…)
En cuanto a si la celebración de los anteriores contratos debe ser llevado a la Junta Directiva del FNA, es del caso anotar que conforme a lo previsto en los Estatutos Internos de la empresa, corresponde al Presidente de la misma administrar y velar por la adecuada utilización de los bienes y el patrimonio de la empresa, por lo cual si la negociación propuesta obedece al giro ordinario de los negocios del FNA y se procede dentro del marco jurídico previamente definido se considera que no es necesaria la intervención de la Junta Directiva para su celebración.

Lo anterior sin perjuicio que las negociaciones propuestas impacten o cambien las políticas de administración de riesgos del FNA, tales como políticas o programas de recaudo, provisiones, calificación de cartera, etc. caso en el cual y conforme a lo previsto en el artículo 10.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010, deben cumplirse las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia que establece que el SARC debe contener políticas y procedimientos claros y precisos, fijados por la Junta Directiva que definan los criterios y la forma mediante la cual la entidad evalúa, asume, califica, controla y cubre el riesgo

crediticio.

En la misma orientación si la venta de cartera implica adquisición de obligaciones cuyo plazo, interés y demás condiciones no han sido establecidas en forma previa por la Junta, cambio de política de evaluación de inversiones, constitución de reservas, etc. será necesario la intervención de la Junta Directiva en el marco previsto en los Estatutos Internos del FNA que señalan como funciones de dicho organismo:

- *Formular la política general y los planes y programas del FNA.*
- *Señalar el plazo, el monto de interés y demás condiciones de las obligaciones que pueda contraer el FNA.*
- *Velar por el estricto cumplimiento sobre la evaluación de inversiones.*
- *Ordenar la constitución de reservas ocasionales de conformidad con las disposiciones legales pertinentes"*[85]. (Destaca el Tribunal)

El anterior concepto fue objeto de un alcance en fecha muy cercana a la suscripción del contrato, el 18 de octubre de 2017, cuyo objeto fue la necesidad o no de obtener la autorización de la Junta Directiva y en el que se afirma tajantemente la no necesidad de escalar u obtener la autorización de la Junta Directiva. Así mismo se señala como sustento de la operación el Manual SARC y se indica que el negocio jurídico en cuestión tampoco se encuentra sujeto al Manual de Contratación, **pero sí a la observancia de los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades**.

El Tribunal advierte que más allá de esta mención genérica a los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no se avanza o desarrolla en dicha opinión -que fue un insumo importante de la decisión de contratar-, algún tipo de directriz o criterio para entender ajustado el contrato proyectado a estas exigencias de la

[85] Fondo Nacional del Ahorro. Memorando 03-2303-20170209000192 de la Oficina Jurídica, del 09/02/2017, dirigido a Guillermo Rodríguez Esteves, Vicepresidente de Riesgos y suscrito por Hernán Alonso Gutiérrez Vallejo.

contratación estatal por parte de las entidades financieras del Estado.

En este orden de ideas se destacan los siguientes apartes del concepto aludido:

> ***"ALCANCE DEL CONCEPTO***
> *A continuación, damos alcance al concepto 03-2303-201702090001992 a fin de precisar que si la venta propuesta corresponde a las indicadas puntualmente en precedencia en este escrito, podrá realizarse sin intervención de la Junta Directiva del FNA, pues las funciones de Junta consagradas en los estatutos del FNA, se cumplieron en su oportunidad para los eventos señalados, lo cual se puede verificar al estar inserta la aprobación de la Junta a través de adopción de los reglamentos manuales, etc, que dan fe del cumplimiento de funciones estatutarias al respecto.*
>
> *En cuanto al procedimiento a seguir, se advierte que si bien la Resolución 053 de 2017 "Por medio de la cual se adopta un nuevo Manual de Procedimiento de Contratación", excluye del alcance de los procedimientos previstos en dicho manual las operaciones del giro ordinario de los negocios, ello no exonera al FNA de que las contrataciones realizadas por fuera de los procedimientos previstos en el citado manual general, se sigan conforme a procedimientos documentados que cumplan los parámetros consagrados en el artículo 209 y 267 de la Constitución Política, que acaté (sic) el Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades previstos en la ley para contratar con el FNA, el régimen sobre conflicto de interés y de* ***normas de Gobierno Corporativo de la Entidad****, realizadas en forma tal que cumplan los objetivos fiscales conforme al artículo 267 superior y sean realizadas dentro del objeto, funciones y operaciones autorizadas a esta Entidad.*
>
> *En cuanto al tipo de contratación a realizar, se precisa que conforme a lo previsto en el artículo 10.5.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 y la Ley 489 de 1998, los actos que la empresa realice para el desarrollo y cumplimiento de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia.*
>
> *En los anteriores términos se da alcance al memorando 03-2303-201702090001992, permaneciendo atentos a cualquier aclaración que*

se requiera"[86]*. (Destaca el Tribunal)*

El Tribunal concluye hasta este momento:

(1) Que las dos opiniones jurídicas, la una del 9 de febrero y la otra de 18 de octubre de 2017 coinciden en sostener que la venta de cartera hipotecaria judicializada cae dentro de las operaciones que puede realizar el FNA, sin que en caso de que el representante legal se ajuste a las condiciones fijadas en el SARC deba acudir a una autorización de la Junta Directiva.

(2) Que ni el concepto de 9 de febrero por ser muy anterior a la operación, ni el concepto del 18 de octubre, días antes del perfeccionamiento del contrato, se ocuparon de verificar si la operación tal y como se convino, esto es, en las condiciones que finalmente se plasmaron en el contrato, se ajustaba o no a los términos previstos en el SARC

(3) Que ni el concepto de 9 de febrero por ser muy anterior a la operación, ni el concepto del 18 de octubre, días antes del perfeccionamiento del contrato, se ocuparon de verificar si la operación tal y como se convino, esto es, si el procedimiento contractual seguido y las condiciones que finalmente se plasmaron en el contrato, cumplían o no con las normas de la contratación aplicables al FNA, a los que coincidentemente las dos opiniones jurídicas hacen referencia, esto es, en palabras del concepto del 18 de octubre que vale la pena recalcar, si se cumplieron "*los parámetros consagrados en el artículo 209 y 267 de la Constitución*

[86] Fondo Nacional del Ahorro. Memorando de la Oficina Jurídica 03-2303-20170030014275 del 18 de octubre de 2017 dirigido a Adriana Rojas González, Vicepresidente (E) y suscrito por Leónidas Lara Anaya.

Política", si se acató o no, *el Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades previstos en la ley para contratar con el FNA, el régimen sobre conflicto de interés y de normas de Gobierno Corporativo de la Entidad"* o si la operación fue realizada *en forma tal que se cumplieran con "los objetivos fiscales conforme al artículo 267 superior" y "dentro del objeto, funciones y operaciones autorizadas"* a dicha Entidad.

4.8.2. <u>El concepto jurídico tenido en cuenta por la administración de entonces en relación con las implicaciones desde la perspectiva fiscal de la operación</u>**.**

Un tercer concepto[87], previo en varios meses al último reseñado (10 de febrero de 2017), no se refirió al órgano llamado a autorizar la operación, sino a la viabilidad de aquella a la luz de **<u>una sola</u>** de las condiciones proyectadas, a saber, el pago a plazos sin interés, aspecto que abordó genéricamente desde la perspectiva del mandato de protección del patrimonio público y consiguiente proscripción de situaciones que impliquen un detrimento patrimonial.

En razón de la importancia de este antecedente del contrato y el hecho de que se relaciona con un elemento central para efectos del análisis de la validez del mismo, el Tribunal considera oportuno transcribirlo *in extenso*.

En primer término, como ya se anunció, el análisis de la oficina del FNA se circunscribe al diferimiento a plazos del pago del precio sin que se pacte un

[87] Fondo Nacional del Ahorro. Memorando 03-2303-201702100002076 de la oficina jurídica del 10 de febrero de 2017, suscrito por Hernán Alonso Gutiérrez Vallejo y Dirigido a Guillermo Rodríguez Esteves, Vicepresidente de Riesgos.

interés o en condiciones que el mismo se traduzca en un interés cero:

> ***"PROBLEMA JURIDICO***
>
> *Se consulta sobre si una "venta de cartera vencida", cuyo pago de precio implica la creación de una "cuenta por cobrar" con "tasa cero", genera detrimento patrimonial al FNA"*[88].

En segundo término, con soporte en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el concepto advierte la diferencia existente entre los distintos cuerpos normativos y órbitas de control a la que se encuentra sujeta la entidad, de manera que la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera no agota el ámbito normativo ni de control al que se encuentra sujeta la entidad, el que comprende entre otras dimensiones el control fiscal:

> ***"ASPECTOS NORMATIVOS***
>
> *A fin de contextualizar la respuesta a su consulta es importante recordar la naturaleza jurídica del FNA, entidad creada por el Decreto Ley 3118 de 1968 como un establecimiento público del orden nacional y transformada por la Ley 432 de 1998 en una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizada como un establecimiento de crédito de naturaleza especial.*
>
> *Es así como la naturaleza jurídica del FNA lo sujeta a diferentes controles que actúan sobre la empresa en forma complementaria, armónica y sistemática entre sí. Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-1190 de 2000, que declaró exequible el art. 14 de la Ley 432 de 1998 que establece la facultad de inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia sobre el FNA, en los siguientes términos:*
>
> *8. La atribución a la Superintendencia Bancaria de la inspección y vigilancia sobre el Fondo NACIONAL DEL AHORRO no desplaza ni sustituye el Control Fiscal a cargo de la Contraloría General de la República (...)Entonces* ***no es dable confundir****, hoy por hoy, en atención a los textos constitucionales vigentes* ***la vigilancia e inspección que compete al Presidente de la República*** *y que éste puede ejercitar a*

[88] Ibidem.

> *través de órganos que señale la ley (C.P., Art. 211) como el Superintendente Bancario,* ***con el control fiscal en sus varias proyecciones*** *o con controles específicos atribuidos por la Constitución Política a otras autoridades del Estado (el control político, el control disciplinario, etc),* ***los cuales gravitan sobre aspectos variados de la acción encomendada al Fondo NACIONAL DEL AHORRO como empresa estatal y a sus funcionarios y empleados*** *(negrilla fuera de texto[89]).*
>
> *En consecuencia, la gestión del FNA en todos sus ámbitos se encuentra sujeta a diferentes clases de control, tanto externos como internos, incluido el ejercido por la Contraloría General de la República(1)[90].*
>
> *Al respecto, el artículo 267 Constitucional señala que corresponde a la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación".*

En tercer lugar, el concepto procura caracterizar el control fiscal, poniendo de presente su carácter multidimensional e integral que no lo limita a una consideración formal de los aspectos económicos del devenir de una entidad estatal, sino que considera elementos que trascienden la esfera económica como los implícitos en su objeto misional. Así mismo, se hace énfasis en que el control fiscal y la noción de detrimento patrimonial no se encuentra circunscrita a la identificación de pérdidas, pues ni toda pérdida supone un detrimento patrimonial, ni las actividades de contenido neutro o que incluso conlleven la generación de una utilidad, escapan al deber de protección del patrimonio público y su consiguiente control. El detrimento patrimonial que posee un carácter pecuniario presupone de acuerdo con dicha exposición,

---

[89] El llamado sobre las negrillas no es del Tribunal. Corresponde al texto del concepto en cita.

[90] *(1) En este punto es pertinente indicar que la determinación de parámetros de gestión y evaluación de los mismos también se atribuye en la Constitución a los organismos de planeación (Articulo 243).*
Para los electos de la Ley 610 de 2000, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales (art. 3o).

una actuación culposa o dolosa del funcionario que debe mantener una conexidad con la producción del daño:

> *"La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.*
>
> *Es así como el control fiscal ejercido, envuelve el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, que* ***no se limita a un criterio económico-formalista***[91]. *Así lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, veamos:*
>
> *En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política* ***la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su especifico proyecto de gestión y resultados****. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida,* ***antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo****, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Por esto mismo, a título de corolario se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática- con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes "completos" pero inertes. (Sentencia de Constitucionalidad n°*

[91] Negrillas del FNA.

840/01 de Corte Constitucional, 9 de Agosto de 2001)"[92]

Por su parte, la Ley 610 de 2000 define el **detrimento patrimonial** como aquel que consiste en la lesión del patrimonio del estado derivado de una acción u omisión de los servidores públicos o personas de derecho privado que en forma dolosa o culposa lo generan o contribuyen a su realización. El daño patrimonial es un fenómeno de carácter pecuniario, es decir, **debe existir empobrecimiento del estado para que se configure**, siendo elementos de la responsabilidad fiscal: La conducta dolosa o culposa de quien realiza gestión fiscal; el daño patrimonial y el nexo causal[93]*:*

Al respecto, el artículo sexto de la Ley 610 de 2000 establece lo siguiente:

> *"Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, (uso indebido) o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, (inequitativa) e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.* ***El texto subrayado entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007****"*[94]

A partir de los anteriores elementos, el concepto pretende descender sobre el problema planteado. Inicia por establecer que efectivamente la operación,

[92] Negrillas y subrayas en el párrafo del FNA.
[93] Negrillas y subrayas en el párrafo del FNA.
[94] Subrayas y negrillas en el párrafo del FNA.

si bien estructurada como una compraventa de cartera, comporta por los plazos extendidos para el pago del precio, a la luz de las normas de gestión financiera y contable, una connotación crediticia. Se pasa curiosamente, renglón en seguida, a aludir a las ventas de cartera a CISA en condiciones que implican la producción de una pérdida para la entidad vendedora que el ordenamiento y la jurisprudencia no equipara a un detrimento patrimonial en virtud del criterio hacendístico de unidad de caja. Si bien CISA fue invitada en algunas de las etapas al proceso, el proyecto de venta en ciernes tenía un carácter abierto, por lo que no parece posible extender esta misma consideración a entidades que por su naturaleza privada lógicamente no hacen parte de la estructura estatal y no mantienen unidad de caja con el mismo, factor que constituye la *ratio decidendi* de la doctrina citada. Podría ser que el interés en la mención a este antecedente lo constituye la alusión que se hace a la valoración de los activos, elemento que sigue siendo útil desde la perspectiva fiscal para muchos efectos, como en el caso de la venta a CISA el registro de la pérdida por parte de la entidad vendedora, pero que no constituye una autorización implícita para la venta a menos precio a terceros. Finalmente, bajo la idea del carácter integral de la gestión fiscal que no se reduce a la dimensión pecuniaria el concepto parecería sugerir, en contravía a la diferenciación de las órbitas financiera y fiscal planteadas al inicio del escrito, que las actividades enderezadas a la gestión del riesgo crediticio podrían justificar la operación desde la perspectiva fiscal:

> *"Ahora bien, el escenario hipotéticamente planteado en que se requiere determinar si se podría presentar detrimento patrimonial del estado, se refiere a una "venta de cartera vencida", cuyo método o modelo de valoración de cartera, fijación de precio de venta (2)*[95]*, o*

[95] *(2) Decreto 2649 de 1993 ARTICULO 10. VALUACION O MEDICION. Tanto los recursos como los hechos económicos que los afecten deben ser apropiadamente cuantificados en términos de la unidad de medida. Con sujeción a las normas técnicas, son criterios de medición aceptados el valor histórico, el valor actual, el valor de realización y el valor presente. Valor o costo histórico es el que representa el*

procedimiento de venta no ha sido fijado.

Dicha venta (3)[96], conlleva a su vez la creación de una "cuenta por cobrar"(4)[97] a "tasa cero", descripción de la cual se infiere que el pago de la cartera se realiza en el marco del mediano o largo plazo, luego de su adquisición por un tercero no definido, elementos que no corresponden al giro ordinario de las operaciones autorizadas al FNA, ni a una venta pura y simple; y que así combinados pueden configurar una operación de crédito en sentido lato (5)[98] de acuerdo a las normas

importe original consumido u obtenido en efectivo, o en su equivalente, en el momento de realización de un hecho económico. Con arreglo a lo previsto en este decreto, dicho importe debe ser re expresado para reconocer el efecto ocasionado por las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda. Valor actual o de reposición es el que representa el importe en efectivo, o en su equivalente, que se consumiría para reponer un activo o se requeriría para liquidar una obligación, en el momento actual. Valor de realización o de mercado es el que representa el importe en efectivo, o en su equivalente, en que se espera sea convertido un activo o liquidado un pasivo, en el curso normal de los negocios. Se entiende por valor neto de realización el que resulta de deducir del valor de mercado los gastos directamente imputables a la conversión del activo o a la liquidación del pasivo, tales como comisiones, impuestos, transporte y empaque. Valor presente o descontado es el que representa el importe actual de las entradas o salidas netas en efectivo, o en su equivalente, que generaría un activo o un pasivo, una vez hecho el descuento de su valor futuro a la tasa pactada o, a falta de esta, a la tasa efectiva promedio de captación de los bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de 90 días (DTF), la cual es certificada periódicamente por el Banco de la República.

[96] *(3) Decreto 2649 de 1993 ARTICULO 98. RECONOCIMIENTO DE INGRESOS POR LA VENTA DE BIENES. Para que pueda reconocerse en las cuentas de resultados un ingreso generado por la venta de bienes se requiere que:*

1. La venta constituya una operación de intercambio definitivo.

2. El vendedor haya transferido al comprador los riesgos y beneficios esencialmente identificados con la propiedad y posesión del bien, y no retenga facultades de administración o restricción del uso o aprovechamiento del mismo.

3. No exista incertidumbre sobre el valor de la contraprestación originada en la venta y que se conozca y registre el costo que ha de implicar la venta para el vendedor.

4. Se constituya una adecuada provisión para los costos o recargos que deba sufragar el vendedor a fin de recaudar el valor de la venta, con base en estimaciones definidas y razonables.

5. Se constituya una adecuada provisión para las probables devoluciones de mercancías o reclamos de garantías, con base en pronósticos definidos y razonables.

6. Si el recaudo del valor de la venta es incierto y no es posible estimar razonablemente las pérdidas en cobro, la utilidad bruta correspondiente se difiera para reconocerla como ingreso en la medida en que se recauden los instalamentos respectivos.

[97] *(4) Art. 62 Decreto 2649 de 1993 CUENTAS V DOCUMENTOS POR COBRAR. Las cuentas y documentos por cobrar representan derechos a reclamar efectivo u otros bienes y servicios,* ***como consecuencia de préstamos y otras operaciones a crédito****. Las cuentas y documentos por cobrar a clientes, empleados, vinculados económicos, propietarios, directores, las relativas a impuestos, las originadas en transacciones efectuadas fuera del curso ordinario del negocio y otros conceptos importantes, se deben registrar por separado. Al menos al cierre del periodo, debe evaluarse técnicamente su recuperabilidad y reconocer las contingencias de pérdida de su valor. Teniendo en cuenta la naturaleza de la partida y la actividad del ente económico, normas especiales pueden autorizar o exigir que estos activos se reconozcan o valúen a su valor presente.*

Sin perjuicio de lo dispuesto por normas especiales, para la preparación de estados financieros de periodos intermedios es admisible el reconocimiento de las contingencias de pérdida con base en estimaciones estadísticas. <Destaca el FNA>

[98] *(5) Concepto 2008059347-000 del 4 de septiembre de 2008 SFC.*

contables[99].

Con todo, es pertinente anotar que tratándose de venta de activos del FNA - entidad estatal-, realizado por fuera del giro ordinario de las operaciones autorizadas, encontramos que el Articulo 163 de la Ley 1753 de 2015 que modificó el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011(6)[100]*, establece el procedimiento para venta de activos - incluida cartera - por parte de las entidades del estado, a la Central de Inversiones S.A. - CISA*[101].

En estos casos -venta de activos de una entidad estatal a CISA-, la Contraloría General de la República ha manifestado en varios Conceptos, los Nos. 80112-0070(A) del 15 de enero de 2001, 80112-2480 del 26 de julio de 2001 y 80112-EE17314 del 22 de marzo de 2006, ***que en***

---

[99] Las subrayas corresponden al texto original del concepto del FNA

[100] (6) "***Artículo 238. Movilización de activos.*** *A partir de la expedición de la presente ley, las entidades públicas del orden nacional* ***con excepción de las entidades financieras de carácter estatal, las Empresas Industriales*** *y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las entidades en liquidación,* ***deberán vender*** *los inmuebles que no requieran para el ejercicio de sus funciones y* ***la cartera con más de ciento ochenta (180) días de vencida, al colector de activos de la Nación, Central de Inversiones (CISA), para que este las gestione.***
La cartera de naturaleza coactiva y la que no esté vencida, podrá ser entregada en administración a CISA.
El registro de la transferencia de los inmuebles entre las entidades públicas y CISA, estará exento de los gastos asociados a dicho acto.
PARÁGRAFO 1o. *Se exceptúa a las entidades públicas de la obligación de vender su cartera a Central de Inversiones (CISA) cuando se haya iniciado el cobro coactivo. Se entenderá que ha iniciado el cobro coactivo cuando se haya librado mandamiento de pago. Se exceptúa igualmente la cartera proveniente de las operaciones de crédito público celebradas por la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales.*
PARÁGRAFO 2o. *La forma, los plazos para el traslado de los recursos que genere la gestión de los activos a que se refiere el presente artículo, las condiciones para determinar los casos en que un activo no es requerido por una entidad para el ejercicio de sus funciones, el valor de las comisiones para la administración y/o comercialización serán reglamentados por el Gobierno nacional.*
PARÁGRAFO 3o. *Los negocios que se celebren con Central de Inversiones (CISA) se realizarán mediante contrato administrativo y bajo las condiciones que fije el modelo de valoración definido por el Gobierno nacional para CISA.*
PARÁGRAFO 4o. *En los eventos en que la cartera sea de imposible recaudo por la prescripción o caducidad de la acción, por la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que le dio origen o por la inexistencia probada del deudor o su insolvencia demostrada y por tanto no sea posible ejercer los derechos de cobro o bien porque la relación costo-beneficio al realizar su cobro no resulta eficiente; las entidades públicas va señaladas, podrán realizar la depuración definitiva de estos saldos contables, realizando un informe detallado de las causales por las cuales se depura y las excluirá de la gestión, el Gobierno nacional reglamentará la materia.*
PARÁGRAFO 5o. *Los inmuebles que se hubieran transferido por parte de las Entidades Públicas a Central de Inversiones (ISA) en virtud del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y del articulo 26 de la Ley 1420 de 2010, que a la fecha de expedición de la presente ley no hayan sido enajenados por CISA, podrán enajenarse por esta entidad de acuerdo a sus política y procedimientos. Los recursos obtenidos por estas ventas así como los frutos de dichos bienes, se girarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público al final de cada ejercicio por CISA una vez descontados los costos asumidos por esta entidad así como la comisión por la venta fijada según sus políticas y procedimientos*". <Destaca el FNA>

[101] Es el FNA el que destaca el artículo 238.

las relaciones económicas entre entidades del Estado no se da el detrimento patrimonial por el principio de unidad de caja, pues mientras los recursos públicos no salgan de la órbita patrimonial del Estado, no hay una lesión económica sino una transferencia de recursos*(7)*[102].

Sobre el particular la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado Rad. 11001- 03-06-000-2007-00077-00, estima que la razón de que no se produzca detrimento patrimonial en esta clase de operaciones entre entidades estatales es además del principio de unidad de caja, el hecho de que la venta se realice mediante un procedimiento previamente determinado en la ley o establecido por la Junta de CISA y que parte del avalúo comercial del inmueble, en forma tal que el precio o valor de transferencia este fijado mediante un procedimiento de valoración establecido en forma previa(8)[103].

En síntesis:

- El FNA se encuentra sujeto al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, que ejerce entre otros el control fiscal sobre la gestión económica del FNA.

- Dicho control se ejerce en forma posterior y de acuerdo a lo previsto en la Constitución Política y la ley.

- De acuerdo con la Ley 610 de 2000, el daño patrimonial es un fenómeno de carácter pecuniario, es decir, debe existir empobrecimiento del estado para que se configure, siendo elementos de la responsabilidad fiscal: La conducta dolosa o culposa de quien realiza gestión fiscal; daño patrimonial y nexo causal.

- La Ley 640 de 2000 entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, ***producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna****,*

[102] *(7) Sala de Consulta y Servido Civil, Consejo de Estado Rad. 11001-03-06-000-2007-00077-00.* <Las negrillas son el FNA>

[103] *(8) Como se ve, esta norma otorga la facultad a las entidades públicas de enajenar bienes a CISA, pero siempre partiendo de la base del avalúo comercial del bien, conforme se determina en los artículos 10 y 12 del mismo decreto, según que sean inmuebles o inmuebles, y dando aplicación al modelo de valoración establecido por la Junta de Cisa, de lo cual se desprende que el precio o valor de transferencia que convengan las partes en la negociación, debe estar precedido del procedimiento legal de valoración, de manera que, si así se cumple, no se puede presentar un daño patrimonial al Estado, en los términos del artículo 6o de la ley 610 de 2000.*
No obstante si no se observa correctamente el procedimiento consagrado en la citada normatividad, como en cualquier actuación administrativa podría presentarse daño patrimonial del Estado, y si se comprueba que el gestor fiscal actúo con dolo o culpa grave incurriría en responsabilidad fiscal.

que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control[104]*.*

- El FNA además se encuentra sujeto a la vigilancia e inspección de la SFC conforme a lo previsto en el Artículo 14 Ley 432 de 1998 y en tal forma debe dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por la SFC sobre la manera como se deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades.

- Corresponde al FNA administrar el riesgo de crédito incluida la etapa de recuperación para lo cual debe desarrollar políticas y procedimientos que le permitan tomar oportunamente medidas para enfrentar incumplimiento con el objeto de minimizar perdidas, conforme lo establece la Circular 100 de 1995 de la SFC.

CONCLUSION (sic)

En respuesta a la consulta formulada nos permitimos manifestar que las leyes que regulan la gestión y responsabilidad fiscal, no incluyen catálogos taxativos o enumerativos de comportamientos o situaciones calificadas per se como causantes de un detrimento patrimonial al Estado, puesto que la gestión fiscal no se reduce a perfiles económico-formalistas, sino a la salvaguarda de la integridad del patrimonio público, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados, dentro de la finalidad específica para la cual está autorizada cada entidad.

En consecuencia, no toda operación que genere perdidas implica por si un detrimento patrimonial, como tampoco puede afirmarse que las operaciones neutras o que generen utilidad o rendimientos están exentas o blindadas de control fiscal en caso de haberse realizado en un contexto contrario a los fines del Estado, pues a la luz de las normas constitucionales que propenden por el manejo eficiente, responsable y oportuno de los recursos públicos por quienes tienen a su cargo tareas de gestión fiscal y, de las de carácter legal que conforman el régimen de control fiscal vigente, el daño causado por la conducta irregular de un servidor o particular se debe determinar en relación con su forma de actuar frente a los recursos que específicamente estuvieron a su disposición en razón de sus funciones y observancia de procedimientos ejecutados como se exige a un buen hombre de negocios que permitan determinar si su actuación se realizó en forma diligente conforme a los fines y procedimientos que exigen el manejo de los

[104] Las negrillas son del FNA.

recursos que conforman el patrimonio del Estado (artículo 6° C.P.)"[105].

El Tribunal observa que el concepto en cuestión corresponde a una opinión emitida en una etapa temprana del proceso contractual más amplio, esto es, en sus fases previas, muy anteriores a la entrada en escena de DISPROYECTOS.

En dicho concepto el área jurídica del FNA se limita a afrontar el pago a plazos proyectado a interés cero y lo hace en un plano eminentemente general.

El concepto, sea por el tiempo en que se dictó o por algún otro factor que escapa al dominio de este Tribunal, no abordó aspectos del proyecto de venta de cartera que resultaban extremadamente relevantes desde la óptica de la protección del patrimonio público, como es el caso de la definición del precio de la cartera con un descuento porcentual sobre el saldo contable del capital, con exclusión de los intereses causados a cargo de deudor hipotecario y otros factores con incidencia en el precio de la cartera como tal, punto sobre el que no se encuentra en el expediente la más mínima evidencia de que se haya inquirido a dicha área de la organización.

En efecto, en las CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE VENTA DE CARTERA HIPOTECARIA VENCIDA JUDICIALIZADA DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO – FNA, desarrollado con motivo del primer proceso de venta en el que las invitaciones se habían proyectado para el 25 de abril de 2017, se señaló:

> *"(…) el FNA fija como valor de venta de la cartera* ***el 70% del total del capital bruto de la cartera judicializada****, (que a febrero 28 de 2017*

[105] Fondo Nacional del Ahorro. Memorando 03-2303-201702100002076 de la oficina jurídica del 10 de febrero de 2017, suscrito por Hernán Alonso Gutiérrez Vallejo y Dirigido a Guillermo Rodríguez Esteves, Vicepresidente de Riesgos.

ascendía a $104.461.244.296) valor que deberá ser pagado en la siguiente forma:

***a) Un mínimo del 15% del valor ofertado (que no puede ser inferior al 70% del capital bruto)**, el cual deberá cancelarse al FNA dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la firma del contrato, mediante traslado de fondos a la cuenta que éste le indique. En caso de incumplimiento del contratista del pago en el término establecido se causará a favor del FNA el interés moratorio a la tasa máxima permitida por la Ley, por cada día de atraso en el pago de la misma y hasta que se surta el pago, sin perjuicio de la aplicación de las demás sanciones establecidas en el presente documento y/o en el contrato.*

*b) **El saldo de la deuda hasta en sesenta (60) cuotas mensuales** de acuerdo con lo especificado en el presente documento*".

Así mismo, el contrato suscrito, además de no fijar un interés, determina igualmente el precio en términos de un descuento sobre el saldo bruto de capital de los respectivos créditos, lo que deja por fuera otros elementos llamados a incidir en su valor real e implica quitas más allá de los intereses. Se deja nota al margen, además, que de compararse las condiciones al inicio del proceso contractual con las finalmente pactadas con el comprador, resulta además ostensible la desmejora de los intereses patrimoniales del FNA:

"QUINTA.- PRECIO Y FORMA DE PAGO:
***A. PRECIO. -** El PRECIO DE COMPRA TOTAL es único y comprende la totalidad de la CARTERA DE CRÉDITOS JUDICIALIZADOS objeto de este CONTRATO vistos como una universalidad. Para estos efectos, existe un FACTOR DE PRECIO (F) que corresponde al setenta por ciento (70%) del SALDO BRUTO DE CAPITAL en la FECHA DE CORTE.*

Las PARTES suscribirán un documento, estableciendo el número definitivo de los créditos que harán parte de la CARTERA DE CRÉDITOS JUDICIALIZADOS, indicando su SALDO BRUTO DE CAPITAL en la FECHA DE CORTE y el PRECIO DE COMPRA TOTAL. Dicho documento hará parte integral de este CONTRATO y corresponderá al ANEXO No. 1.

***B. FORMA DE PAGO. -** EL COMPRADOR pagará el PRECIO DE COMPRA TOTAL a favor del VENDEDOR así:*

(i) Dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la suscripción del presente contrato, el COMPRADOR deberá realizar una transferencia de recursos equivalente al cinco por ciento (5%) calculado sobre el PRECIO DE COMPRA TOTAL a la cuenta determinada por el VENDEDOR. Lo anterior se constituye como pago inicial.

(ii) El saldo por pagar del PRECIO DE COMPRA TOTAL se deberá cancelar en un plazo máximo de 84 meses contados a partir de la FECHA DE CELEBRACIÓN y en los siguientes términos:

a. Pagos por valor de doscientos millones de pesos m/cte., ($200.000.000) que iniciarán al mes cuarto (4) inclusive, contados a partir del desembolso de la cuota inicial y así sucesivamente pagos mensuales hasta completar la suma total de dos mil millones de pesos m/cte., ($2.000.000.000) que deberá cumplirse en el mes 13 contado a partir de la fecha del pago inicial.

b. Doce pagos semestrales a partir del mes 19 (inclusive) contados a partir del desembolso del pago inicial, cada uno de ellos por valores ¡guales correspondientes al saldo del valor de la compra y de acuerdo con el Anexo 9. TABLA DE CRONOGRAMA DE PAGOS…

(…)

***PARAGRAFO CUARTO:** En caso que el COMPRADOR realice el pago del SALDO TOTAL DE LA COMPRA de manera anticipada dentro del plazo de la venta definido de 84 meses, se reconocerá una tasa de descuento por parte del VENDEDOR del tres por ciento (3%) sobre el valor del saldo de la deuda del valor de compra".*

Es pues sobre el plazo para pagar parte de este precio resultante del mencionado descuento, sobre el que gira el concepto, lo que deja por fuera del análisis desde la perspectiva fiscal un punto particularmente grueso como lo es el precio por debajo del saldo bruto de capital, sin que ello suponga considerar que la admisión por parte del FNA de diferir su pago a lo largo de varios años a una tasa cero de interés deje de ser una arista igualmente importante del problema. Curiosamente, la opinión jurídica se limita a este último punto, que pareciera fue el único aspecto del proyecto de venta ligado a la protección del patrimonio público que despertó la inquietud de la administración.

Sorprende por lo demás desde el punto de vista de los principios de la función administrativa (Art. 209 CP) y de la gestión fiscal, llamados a gobernar la actividad contractual de la entidad que, en esta misma fase temprana, frente a un proyecto de enajenación de la cartera cuya justificación interna consistía precisamente en obtener una mayor liquidez para acometer con los recursos resultantes de la venta de dicha cartera la colocación de nuevos créditos, acorde con el objeto del fondo, se abdicara de la posibilidad de una enajenación pura y simple de los mismos y en su lugar proyectara o se propusiera en forma *a priori* o *ab initio*, como un elemento definitorio del negocio, el pago del precio a plazos, elemento sobre el que además se indagara de antemano el no cobro de intereses e incluso, la renuncia a un componente mínimo que un buen hombre de negocios procura frente a obligaciones que se extienden en el tiempo como lo es la corrección monetaria.

Es meridianamente claro para este Tribunal que la afirmación de la Corte Constitucional según la cual, la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económicos y formalistas, no procede para ser usada como un subterfugio para demeritar la importancia del componente económico inherente a la actividad de una entidad financiera del Estado como el FNA, en la prevención de afectaciones al patrimonio público, menos aún, cuando no se trata de las operaciones del FNA con los beneficiarios de su objeto misional, sino de la venta de cartera a terceros en el mercado.

En igual sentido, la constatación de que no toda operación que genere pérdidas implica *per se* un detrimento patrimonial, no puede tomarse como justificación válida para soslayar las implicaciones fiscales de operaciones que impliquen una pérdida, las que por este solo hecho suponen un escrutinio

jurídico y económico mucho más riguroso para determinar su viabilidad.

Para el Tribunal resulta igualmente evidente que el concepto no hace una valoración en concreto del problema que le fue planteado, limitándose a sentar unos criterios o afirmaciones generales, sin que tales asertos se hayan articulado en una respuesta expresa y concluyente frente al interrogante propuesto. Es así como el área jurídica de la entidad no respondió afirmativa o negativamente de manera expresa a la pregunta de naturaleza asertiva que le había sido formulada, esto es, si la venta de cartera vencida, cuyo pago del precio implica una cuenta por cobrar a tasa cero, genera un detrimento patrimonial al FNA.

El concepto se limita a sugerir entre líneas y no de forma categórica, que las actividades del FNA enderezadas a gestionar el riesgo crediticio en desarrollo de la Circular 100 del 1995 de la SFC, como parte de una actividad financiera, de gestión y de resultados, no implicaría quebranto a los mandatos de la gestión fiscal, ni se traducirían *per se* en un detrimento patrimonial, el que según advierte, no se configura por el simple hecho de registrarse una pérdida.

De la apreciación de que la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económicos y formalistas, limitado a la salvaguarda de la integridad del patrimonio público, sino que posee una dimensión más integral que comprende el proyecto de gestión y de resultados, dentro de la finalidad específica para la cual está autorizada una entidad, no es posible deducir que la observancia de lo dispuesto en la Circular Básica Contable y Financiera, o en otras palabras, la actuación dentro de los parámetros del SARC, blinde la actuación del control fiscal y permita anticipar que dichas operaciones no entrañan o no pueden entrañar un detrimento o daño patrimonial al Estado.

El propio concepto al inicio cita la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-1190 de 2000, donde se advierte que no es dable confundir la vigilancia e inspección que compete al Presidente de la República y que éste puede ejercitar a través de entes como la Superintendencia, con el control fiscal en sus diversas proyecciones.

Previamente se ha advertido por este Tribunal que el manual SARC posee como objeto directo e inmediato la gestión del riesgo crediticio y no la gestión fiscal de las entidades que como el FNA poseen una naturaleza pública, por lo que, aunque dicho manual puede estar alineado con algunos componentes de la gestión fiscal, no necesariamente las medidas diseñadas por el FNA para prevenir o mitigar el riesgo crediticio permiten concluir que su implementación práctica no conlleve o pueda conllevar una vulneración a reglas y principios atinentes al manejo y gestión del patrimonio público.

En la medida en que el SARC constituye un desarrollo de reglas de manejo prudencial, como las previstas en la Circular Básica Contable y Financiera, enderezadas a la protección del interés público que caracteriza la actividad financiera, ciertamente la gestión de dichos riesgos financieros corre en dirección coincidente con el imperativo de la gestión fiscal y puede encontrarse en las preceptivas que lo inspiran y la pertenencia de entidades como el FNA a un mercado regulado en el que interactúan en condiciones de competencia. En este contexto, existe una justificación para que las entidades financieras del Estado hagan uso de mecanismos de reestructuración de créditos, como de alguna manera lo señaló la Superintendencia Financiera para el caso específico de los **bancos oficiales** en concepto del año 2002:

> *"(…) respecto de los bancos oficiales, debe precisarse que no se encuentran sometidos a disposiciones especiales ni las excluyen de la aplicación de los preceptos sobre reestructuración de créditos; por lo tanto, es facultativo de la entidad modificar las condiciones iniciales de la obligación, otorgar prórrogas, conceder períodos de gracia, y condonaciones de intereses o capital; con sujeción a las normas sobre riesgo crediticio. En este punto, valga la pena mencionar lo expresado por esta Superintendencia en el siguiente sentido: "Para el caso específico del sector financiero, es de resaltar que quienes desarrollan profesionalmente la actividad de intermediación financiera deben atender una doble responsabilidad, es decir, como comerciante y más aún, como ente depositario de la confianza pública en general en cuanto maneja recursos captados del conglomerado, por lo que debe cumplir las normas especiales aplicables a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, toda vez que el legislador no consignó un tratamiento especial en tratándose del Estado Banquero. (...) En este orden de ideas, las instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios necesariamente debe estar sujetas a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, motivo por el cual puede concluirse que (...) se encuentra facultada para reestructurar sus créditos de conformidad con lo previsto en el Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995, pudiendo incluso condonar sumas a los deudores por concepto de capital, intereses corrientes o de mora; sin perder de vista que las políticas y decisiones que sobre el particular adopten no causen un mayor perjuicio a la entidad a su cargo".* [106]

Nótese que el concepto citado, en ningún momento afirma que el cumplimiento de la Circular Básica Jurídica exonere a los administradores de las entidades estatales que participan en el sector financiero de velar por la integridad del patrimonio público y los deberes que poseen como administradores del mismo; por ello, en el desarrollo de las facultades de gestión del crédito, deben tener presente, además de las directrices en materia de riesgo crediticio propias del ordenamiento financiero que "*las políticas y decisiones que sobre el particular adopten no causen un mayor perjuicio a la entidad a su cargo*".

[106] Superintendencia Financiera. Concepto 2002001779-1 del 11 de marzo de 2002.

En este orden de ideas, no puede ignorarse que las directrices contenidas en el ordenamiento financiero y en las instrucciones de la Superintendencia Financiera contenidas en sus cartas circulares, son objeto de desarrollo propio en el SARC. Vale decir, el SARC no es una normativa externa a la entidad cuyo contenido además se le imponga desde afuera, sino que es elaborado por la entidad vigilada conforme a la propia percepción de su situación, del mercado y su apetito del riesgo. Significa lo anterior que el hecho de que el SARC pueda estar en cumplimiento de las normas que disciplinan el mercado financiero, no es, ni puede ser tomado como sinónimo de que esté en cumplimiento de las normas que rigen la gestión fiscal y el cuidado del patrimonio público.

Con fundamento en lo anterior, advierte el Tribunal que el FNA ignoró por completo en sus estudios y planeamiento de la operación lo dispuesto en el artículo 25 de la ley 819 de 2003, "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones":

> "***ARTÍCULO 25. Responsabilidad fiscal en restructuraciones de cartera.*** *Las entidades financieras de carácter público al efectuar reestructuraciones de créditos,* ***rebajas o condonaciones de intereses*** *a sus deudores morosos deberán realizarlo conforme a las condiciones generales del mercado financiero y con la finalidad de: recuperar su cartera, evitar el deterioro de su estructura financiera y presupuestal y, propender por la defensa, rentabilidad y recuperación del patrimonio público*".

Esta norma plasma explícitamente para el caso de las entidades financieras de carácter público un criterio de responsabilidad fiscal que tiene como materia los créditos otorgados objeto de mora.

De la historia del establecimiento de esta norma se infiere que se trataba de remover las inhibiciones que pesaban sobre entidades financieras del Estado para acordar quitas a los créditos en mora, bajo el riesgo que se interpretaran como un detrimento patrimonial, de modo que se les reconoció esta facultad para equiparar en parte su situación a la de sus competidores, pero sobre la base de orientarla conforme a los criterios de la responsabilidad fiscal y bajo el lineamiento de no perder de vista la protección del patrimonio público:

> *"También se incluye un nuevo artículo sobre responsabilidad fiscal en materia de reestructuración de cartera por parte de las entidades financieras de carácter público dado que al tener que estar compitiendo en igualdad de condiciones en el mercado financiero debe preverse que sus operaciones sean bajo las reglas del mercado pero que no se deteriore el patrimonio público, lo anterior de conformidad con el Concepto de la Contraloría General de la República. Por lo cual se propone:*
>
> ***Artículo 26. Responsabilidad fiscal en reestructuraciones de cartera.*** *Las entidades financieras de carácter público al efectuar reestructuraciones de créditos, rebajas o condonaciones de intereses a sus deudores morosos deberán realizarlo conforme a las condiciones generales del mercado financiero y con la finalidad de: recuperar su cartera, evitar el deterioro de su estructura financiera y presupuestal y, propender por la defensa, rentabilidad y recuperación del patrimonio público".*

La redacción de la disposición toma como referente la reestructuración ocurrida en el marco de la relación entre una entidad financiera estatal y el deudor moroso, que es el escenario natural en el que ocurren las reestructuraciones de cartera. Podría pensarse, *prima facie*, que a falta de ley que regule desde la óptica fiscal otras situaciones similares, quedarían por fuera de dicha facultad las operaciones con terceros como es el caso de la venta de cartera. Pero la disposición lógicamente ni prohíbe ni excluye la posibilidad de estas otras operaciones que al igual que la reestructuración de cartera estaban antes de dicha ley y siguen siendo genéricamente

autorizadas a las entidades financieras. La disposición se limita en consecuencia a sentar claridad sobre la posibilidad de quitas, pero ajustadas a los principios de responsabilidad fiscal, por lo que no existe impedimento a que las entidades financieras del Estado procuren cobijo en el artículo en mención para realizar operaciones similares.

El deudor moroso de una entidad financiera, entendido como consumidor financiero y parte débil de la relación, resulta ser frecuentemente como en el caso del FNA, receptor de créditos otorgados en desarrollo de políticas públicas (i.e. créditos educativos, créditos de vivienda, etc.). Así las cosas, se trata de un destinatario objeto de protección especial, de tal suerte que la disposición en mención es producto de una ponderación de intereses realizada por el propio legislador. En esta misma dirección, no puede soslayarse que el propio legislador, frente a la cesión de derechos litigiosos preceptúa en el artículo 1971 del Código Civil que el deudor no será obligado a pagar al cesionario sino el valor que haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor.

De esta manera, *a fortiori* debe entenderse que en otras relaciones paritarias sobre esta misma materia, la institución financiera debe observar en lo que hace a la protección del patrimonio público, cuando menos, la misma regla que, por lo demás posee una misma base conceptual y no está llamada a variar en razón de las partes, sin perjuicio de casos especiales previstos por el legislador, como el de la venta de cartera a CISA.

Es preciso resaltar que el artículo 25 de la ley 819 de 2003 autoriza dentro del marco de la responsabilidad fiscal: (i) Las reestructuraciones de créditos; y (ii) las condonaciones de intereses en su desarrollo.

La reestructuración de un crédito consiste en la acción de cambiar el plan de pago de un crédito preexistente, alargando el plazo de los pagos, cambiando la frecuencia de estos, rebajando los intereses o de cualquier otra forma refinanciando el saldo. La Circular Externa 026 de septiembre de 2017, incorporada a la Circular Básica Contable y Financiera y próxima a la suscripción del contrato, distinguió las variaciones a las condiciones pactadas para créditos que no hubieren superado ciertas cotas de mora, a cuyos cambios pactados les extendió el beneficio de no tratarlos como reestructuración[107], reservando dicho tratamiento a la modificación de condiciones de créditos con otro perfil de siniestralidad y riesgo:

> ***"1.3.2.3.3.1. Reestructuración de Créditos***
>
> *Para efectos del presente Capítulo se entiende por reestructuración de un crédito cualquier mecanismo excepcional, instrumentado mediante la celebración y/o ejecución de cualquier negocio jurídico, que tenga por objeto modificar las condiciones originalmente pactadas con el fin*

[107] 1.3.2.3.2.1. Con el fin de permitirle al deudor la atención adecuada de su obligación ante el potencial o real deterioro de su capacidad de pago, las entidades podrán modificar las condiciones originalmente pactadas de los créditos **sin que estos ajustes sean considerados como una reestructuración en los términos del subnumeral 1.3.2.3.3.1**, siempre y **cuando durante los últimos 6 meses el crédito no haya alcanzado una mora consecutiva mayor a 60 días para microcrédito y consumo; y 90 días para comercial y vivienda**. Estas modificaciones podrán efectuarse a solicitud del deudor o por iniciativa de la entidad, previo acuerdo con el deudor. Estos créditos tendrán las siguientes características: // a. Las nuevas condiciones deben atender criterios de viabilidad financiera teniendo en cuenta el análisis de riesgo y capacidad de pago del deudor sin que ello implique el uso excesivo de periodos de gracia. // b. Su calificación corresponderá a aquella que se asigne al momento de la modificación de acuerdo con el análisis de riesgo de que trata el literal a. de este subnumeral y según las instrucciones del presente Capítulo y sus Anexos, y deberá actualizarse bajo los mismos principios. // c. Serán objeto de monitoreo especial por parte de la entidad. Sin embargo, una vez el deudor efectúe pagos regulares y efectivos a capital e intereses por un período de 9 meses ininterrumpidos para microcrédito, 1 año ininterrumpido para consumo y de 2 años ininterrumpidos para los créditos de las modalidades comercial y de vivienda, el crédito podrá salir de este monitoreo. // d. Si el deudor incumple el pago del crédito bajo las nuevas condiciones (30 días de mora), se debe reconocer como una reestructuración. // Las modificaciones no pueden convertirse en una práctica generalizada para regularizar el comportamiento de la cartera de créditos. Adicionalmente las entidades deben: // a. Contar con sistemas de información que permitan la identificación y seguimiento de las operaciones modificadas, incluida la calificación de riesgo de las mismas, y // b. Establecer políticas y procedimientos específicos para la gestión y seguimiento de las solicitudes de modificación de las condiciones de estos créditos, conforme a los criterios anteriormente descritos.

> *de permitirle al deudor la atención adecuada de su obligación ante el real deterioro de su capacidad de pago. Adicionalmente, se consideran reestructuraciones los acuerdos celebrados en el marco de las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000, 1116 de 2006 y 1564 de 2012 o normas que las adicionen o sustituyan, así como las reestructuraciones extraordinarias. No se considerarán reestructuraciones los alivios crediticios ordenados por leyes ni las novaciones que se originen en eventos distintos a los antes descritos, aquellas previstas en el Artículo 20 de la Ley 546 de 1999, así como tampoco aquellas modificaciones originadas bajo los criterios del subnumeral 1.3.2.3.2.1.*
>
> *Las reestructuraciones no pueden convertirse en una práctica generalizada para regularizar el comportamiento de la cartera de créditos y las mismas no podrán fundamentarse en el uso excesivo de periodos de gracia*".

La reestructuración supone, en consecuencia, la variación de las condiciones financieras de un crédito ya existente que operan hacia el futuro, siendo una figura distinta a la remisión de la deuda o del capital y es ello lo que justifica la segunda permisión prevista por el legislador en el artículo 25 de la ley 819 de 2003, que autoriza las rebajas o condonaciones de intereses, lo que plantea una dificultad o imposibilidad frente a las remisiones del capital.

Sobre el punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil no emitió una posición unánime, al indagársele si una entidad financiera de naturaleza especial podría en algún caso condonar parte del capital adeudado.

En dicho caso, la posición disidente contenida en el salvamento de voto expresó que tal tipo de condonaciones no contempladas en la mencionada ley, entrañaban una violación directa al artículo 355 de la Constitución que prohíbe a las ramas u órganos del poder público "*decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado*", de manera que las excepciones a esta prohibición constitucional deberían corresponder a los contratos a los que alude el mismo artículo 355 o, en los

términos de la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional, al cumplimiento de deberes del Estado que tengan sustento y fundamento en una norma constitucional, lo que implica la necesaria mediación de la ley y el ejercicio de la potestad reglamentaria: "(…) *el tema de restructuración de cartera y los límites de la entidad estatal para realizarla se encuentran consagrados en norma de rango legal, y no podría una autoridad administrativa como la Superintendencia Financiera suplir, sustituir o modificar lo establecido en la ley, en especial, en un tema de la importancia de permitir donaciones de recursos públicos, sin perjuicio de entender la finalidad loable que puede tener la entidad estatal, pero que de todas maneras, y por la misma razón, requiere autorización legal*"[108].

La posición mayoritaria admitió la procedencia de la condonación de parte del capital **solo en casos extremos en los que no fuere posible sino la recuperación de parte del capital.** Recuerda dicha corporación que el servidor público posee una doble responsabilidad que se deriva de su calidad de comerciante y de depositario de la confianza pública, de una parte, y de la carga de ser un buen administrador de recursos públicos, de otra. Por lo cual, en dichos casos, debe obrar dentro de las directrices de la Circular Básica Jurídica, supuesta su mejora, perfeccionamiento y adaptación a las particularidades de la entidad y la defensa del patrimonio público. Esto supone un parámetro de "*máxima diligencia y cuidado*" de los comités de cartera:

> *"La Ley 1002 de 2005 claramente establece que el ICETEX es una entidad financiera estatal, y las entidades financieras así sean estatales,*

[108] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Salvamento de Voto del Consejero Edgar González López a la Providencia de 30 de Abril de 2018. Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00027-00(2329).

al otorgar crédito pueden realizar todos aquellos actos jurídicos tendientes a recuperar la cartera tales como el cobro o la reestructuración de créditos, incluida la condonación de intereses y de quitas de capital, pues el desarrollo de su objeto incorpora todos aquellos actos jurídicos y actividades financieras que se relacionen directamente con dicho objeto. (34)[109]

En este punto es preciso tener en cuenta que esta Sala ha dicho en varias oportunidades que las entidades públicas al adelantar labores de cobro deben verificar la relación costo-beneficio y podrán incluso desistir de las gestiones a que haya lugar si resulta ser negativa para la entidad, lo que a la postre se traducirá en la extinción de la obligación, pues no puede sostenerse de manera irreflexiva que el Estado deba efectuar el cobro de obligaciones a su favor cuando efectuados los análisis pertinentes se establezca que se va a generar un detrimento o pérdida para el patrimonio público. (35)[110]

La finalidad ante todo consiste en la recuperación efectiva de dinero sin generar pérdidas para las entidades, es decir que el manejo y mejoramiento de cartera debe ser eficaz y eficiente, con el fin de obtener liquidez para las entidades.

Entonces, en eventos extremos puede ocurrir que una vez efectuadas todas las gestiones posibles para la recuperación de cartera, estas arrojen como resultado que solamente se pueda recuperar parte del capital adeudado, caso en que de manera excepcional y como ultima ratio la condonación de capital es viable siempre y cuando se efectúe en las condiciones generales del mercado financiero, y no verse sobre la totalidad.

De ninguna manera las estrategias de recuperación de cartera pueden implicar la condonación total del capital, pues se atentaría contra la finalidad misma de esa estrategia pues por definición lo que se busca es obtener el pago de lo adeudado, así sea en parte.

Ahora bien, en principio podría pensarse que con la condonación de capital se podría vulnerar lo consagrado en el artículo 355 de la Constitución …
(…)
Empero, la Corte Constitucional ha señalado que tal mandato no es absoluto, pues es deber del Estado apoyar diversas actividades y otorgar incentivos si es imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado, siempre con fundamento en una norma o principio

[109] *(34) Ley 1012 de 2005. Artículo 4.*
[110] *(35) Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 2170 de 2013 y 2285 de 2016.*

> *constitucional y que no se trate de un acto de mera liberalidad, con la finalidad de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país (36)*[111].[112]

El FNA en los antecedentes del contrato expresó:

> *"a) El FONDO NACIONAL DEL AHORRO declara que todas las estrategias de recuperación de cartera que emplea la ENTIDAD están armonizadas con los preceptos normativos sobre la materia y en especial con los lineamientos de la Contraloría General de la República que promueve dentro de sus vigiladas el adelantar "una gestión efectiva tendiente a la recuperación de su cartera, en procura de favorecer en todo momento los intereses de la entidad bajo la óptica de la relación costo-beneficio".*
>
> *b)La Administración del FNA, en búsqueda de alternativas que, de un lado, mitiguen el impacto financiero y operativo que le genera a la entidad el manejo de las obligaciones judicializadas, y de otro, le permitan precaver la pérdida de viviendas de los afiliados, llegó a la conclusión de que la opción de más aplicación dentro del sector financiero es la llamada venta de cartera, la cual permitirá al FONDO enfocarse en la colocación y administración de créditos, cumpliendo su objetivo primordial que es hacer que más colombianos tengan acceso a una vivienda digna".*

El Tribunal no encuentra que los créditos cedidos, pese a su calificación, se encontraban en la situación límite descrita en la providencia citada del Consejo de Estado, como se explicará más adelante. En estas condiciones, el traslado de un beneficio de esta estirpe, que compromete en su amplitud parte del capital del crédito cedido a un tercero distinto al deudor moroso o a CISA, resulta violatorio de lo dispuesto en la ley orgánica de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal citada, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como del artículo 355 de la Constitución.

---

111 *(36) Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2016.*
112 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia de 30 de Abril de 2018. Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar. Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00027-00(2329).

4.8.3. El proceso contractual y la evolución en las versiones del SARC.

Según se refleja en los antecedentes del propio contrato, el mismo es el resultado de un proceso contractual más o menos extenso en el tiempo, en el que con anterioridad a DISPROYECTOS, participaron otras entidades:

> *"d) Que el presente contrato se encuentra exceptuado de la aplicación del manual de procedimientos de contratación …*
>
> *(…)*
>
> *Sin perjuicio de lo anterior, y en aras de cumplir con los postulados de la función administrativa, el VENDEDOR dio inicio a un proceso de invitación a ofertar el día 02 de marzo y finalizando el 20 de abril de 2017 con aviso de NO adjudicación declarando fallido el proceso de venta de cartera vencida judicializada.*
>
> *El 25 de abril del 2017 el VENDEDOR procedió a realizar invitación directa conforme el cronograma establecido en el documento de condiciones de participación. Dicha invitación finalizó el 10 de mayo de 2017 con aviso de NO adjudicación declarando fallido el Proceso de Venta de cartera vencida judicializada.*
>
> *Como consecuencia de los procesos descritos en el presente literal el VENDEDOR realizó invitación a un número de inversionistas determinados, mediante invitación a participar en el proceso de venta de cartera judicializada por correo electrónico de fecha 12 de septiembre de 2017, recibiendo en la fecha establecida por el VENDEDOR propuesta formal de quien en el presente contrato se denomina COMPRADOR el día 24 de octubre de 2017".*

Respecto del primer esfuerzo de venta, que los antecedentes del contrato lo fijan entre el 2 de marzo y el 20 de abril de 2017, obran en el expediente sendos memorandos de 6 y 7 de marzo[113], en donde se fijan las condiciones marco de selección y del negocio proyectado.

[113] Fondo Nacional del Ahorro. Memorandos 03-2303-201703070003697 del 6 marzo y 03-2303-201703070003734 de la Vicepresidencia Financiera, suscritos por Milton Bustos Sánchez, Vicepresidente Financiero (E), dirigidos a Guillermo Rodríguez Esteves de la Vicepresidencia de Riesgos.

El primero de ellos advierte en negrillas, desde el inicio:

> ***"La Vicepresidencia Financiera recomienda al área de Riesgos, evaluar la solicitud de una garantía que permita el cumplimiento del contrato, teniendo en cuenta que se trata de una operación con un plazo de 5 años y que se solicitará un valor mínimo de reintegro de la cartera objeto de venta, lo que vuelve a ésta una operación de crédito y por tanto se genera un riesgo crediticio.***
>
> *Será **HABILITADA** la oferta económica, cuando el **OFERENTE** demuestra capacidad financiera, cumpliendo con base en la información financiera suministrada por él, con por lo menos cuatro (4) de los seis (6) resultados financieros mínimos o máximos exigidos por el FNA. En el evento de no cumplir con el requerimiento la oferta será declarada como **NO HABILITADA"**.*

En el segundo memorando se señala:

> *"Teniendo en cuenta que, en reunión sostenida con el área de Riesgos, se aclaró que el comprador de la cartera objeto de venta, garantizará el 100% del pago sobre el valor de la oferta, damos alcance a la comunicación 03-2303-201703070003697, emitida el 6 de marzo de 2017".*

En este contexto, se fijaron como condiciones que debían cumplir los oferentes, a evaluar desde el punto de vista financiero, so pena de ser excluido del proceso de evaluación, las siguientes:

INDICADORES FINANCIEROS REQUERIDOS			
NOMBRE	**DEFINICIÓN**	**RELACIÓN REQUERIDA**	**VALOR**
ROE	Utilidad Neta / Patrimonio	≥	5,00%
RAZON CORRIENTE	Activo Corriente / Pasivo Corriente	≥	1,0
RAZON DE ENDEUDAMIENTO	Pasivo Total / Activo Total	≤	70%
RAZON DE COBERTURA DE INTERESES	Utilidad Operacional / Gastos Financieros	≥	1,5

CAPITAL DE TRABAJO	Activo Corriente – Pasivo Corriente	≥ al 3% del valor del Presupuesto	$ 2.220'000.000
PATRIMONIO	Activo Total – Pasivo Total	≥ al 5% del valor del Presupuesto	$ 3.700'000.000
VALOR APROXIMADO:			$ 74.000'000.000

En ese momento, al parecer, el FNA tenía en la mira, en lo que hace al perfil de los oferentes, a la base de las exigencias de capacidad financiera y actividad acorde con el objeto contratado, empresas vigiladas, como se desprende de la explicación sobre la elaboración de los indicadores:

> *"Los anteriores indicadores se obtuvieron de calcular medidas de tendencia central por diversos tamaños muestrales para las principales cuentas de los estados financieros, obteniendo la Razón Corriente, Endeudamiento, Cobertura de Intereses, Capital de Trabajo y Patrimonio de las empresas que por la identificación del CIIU, guardan correspondencia con la actividad que se pretende contratar, está información fue consultada en la página de la Superintendencia de Sociedades tomando las empresas que se encuentran debidamente registradas en la misma.*
>
> *Con la información financiera requerida del año 2015, se evaluará y analizarán los anteriores indicadores financieros que sirven de referencia para la verificación del cumplimiento de la capacidad financiera del proponente. Estos criterios de capacidad financiera no otorgan puntaje, pero quien no cumpla con el valor requerido en cada uno de ellos, no podrá ser habilitado y no continuará en el proceso de evaluación". (Las subrayas corresponden al documento del FNA)*

Para efectos de esta evaluación se solicitaba información contable y financiera, incluyendo las notas, atestada por contador público y debidamente dictaminada por el Revisor Fiscal con corte a 2015, declaraciones tributarias, entre otros documentos, así como el diligenciamiento de cuadros contentivos de la información financiera, advirtiendo la posibilidad de que los oferentes pudieran participar conformando un consorcio o unión temporal y la regla para allegar y valorar

la información en dicho caso.

En cuanto a la oferta económica, se determinó que a las habilitadas dentro del proceso se les asignaría los puntos decimales, sin aproximación, mediante la siguiente fórmula:

> **Puntaje Inicial de la Oferta** = {(OC * 40%) * 50% + (PI * 60%)} * 100
>
> **Donde:**
>
> **OC** = Porcentaje de oferta respecto al valor de la cartera bruta objeto de venta
>
> **PI** = Pago Inicial (sobre el OC)

La fórmula contenida en el memorando del 6 de marzo incluía un factor de recuperación de cartera y unos porcentajes distintos:

> **Puntaje Inicial de la Oferta** = {(OC *OR) * 50% + (PI * 50%)} * 100
>
> **Donde:**
>
> **OC** = Porcentaje de oferta respecto al valor de la cartera bruta objeto de venta
>
> **OR** = Porcentaje de recuperación asegurado (sobre el OC)
>
> **PI** = Pago Inicial (sobre el OC)

Dentro de los criterios de evaluación económica se sentó el piso a la oferta, la cual no podría ser inferior al 70% de la cartera bruta, ni el pago inicial, inferior al 15%. Al tratarse de un concurso cerrado con cinco invitados, se estableció un orden de elegibilidad y unos criterios de desempate:

> ***"CRITERIOS DE EVALUACIÓN ECONÓMICA***
> - *El puntaje se realizará con dos decimales sin aproximación*
> - *El porcentaje de oferta sobre el valor de la cartera bruta objeto de venta no deberá ser inferior al 70%*
> - *Por su parte el pago inicial, tendrá que ser como mínimo de un 15% sobre el OC (porcentaje de oferta sobre el valor de la cartera bruta objeto de venta)*
>
> ***Orden de elegibilidad***

Orden	Condición	Puntaje
1.	Mayor Resultado del puntaje inicial de la oferta	100
2.	2° Mayor Resultado del puntaje inicial de la oferta	95
3.	3° Mayor Resultado del puntaje inicial de la oferta	90
4.	4° Mayor Resultado del puntaje inicial de la oferta	85
5.	5° Mayor Resultado del puntaje inicial de la oferta	80

CRITERIOS DE DESEMPATE
En el caso de propuestas económicas en condición de empate, se tendrán en cuenta los siguientes criterios de desempate para su adjudicación, en el siguiente orden:

1. *El oferente que presente el mayor porcentaje de pago inicial respecto al OC*
2. *El oferente que acredite el mayor valor patrimonial al corte de diciembre de 2015.*
3. *El oferente que acredite el mayor monto acumulado en operaciones de compra de cartera durante los últimos cinco años".*

En la descripción de la base a evaluar se aportan los siguientes datos sobre el perfil de la cartera objeto de venta:

"La base de cartera objeto de evaluación consta de un total de 2.732 créditos judicializados que corresponden principalmente a cosechas de los años 2011, 2012 y 2013. Del total de los créditos objeto de venta, 1.924 (70,4%) están calificados en E y 808 (29,6%) están calificados en D; estas calificaciones tienen corte de enero 31 de 2017. El saldo total de capital de los créditos objeto de venta es de $110.939 millones, con un valor provisionado de $36.756 millones, lo cual arroja un saldo neto en libros con corte a 31 de enero de 2017 de $74.183 millones.

CALIFICACIÓN	SALDO K	% PARTIC	VALOR PROV	SALDO NETO	No. CREDITOS
D	$28.553.535.654	26%	$ 5.710.707.131	$22.842.828.523	30,79%
E	$82.386.042.893	74%	$31.045.329.466	$51.340.713.427	69%
Total general	**$110.939.578.547**	**100,00%**	**$36.756.036.597**	**$74.183.541.950**	**100,00%**

Con relación a la concentración por tipo de vivienda y por valor de crédito, el 62% corresponde a vivienda VIS, mientras que el 38% corresponde a vivienda NO VIS, como se observa en la siguiente tabla:

VIS/ NO VIS	SALDO K	% PARTIC	PROVIS	SALDO NETO	PARTC. %	No. CREDITOS
N	$68.610.265.231	62%	$23.026.971.801	$45.583.293.430	61,45%	919
S	$42.329.313.316	38%	$13.729.064.796	$28.600.248.520	38,55%	1.813
Total general	**$110.939.578.547**	**100,00%**	**$36.756.036.597**	**$74.183.541.950**	**100,00%**	**2.732**

Por su parte las garantías reales de la base de cartera objeto de venta tienen un valor total de $268 071 millones, que corresponden a los avalúos comerciales de los inmuebles actualizados con base en los índices de actualización del Departamento Nacional de Planeación, información que fue suministrada por la División de Cartera del FNA

En cuanto a la etapa judicial en la que se encuentran los procesos judiciales de estas obligaciones, a corte de 31 de enero de 2017, se resume en la siguiente tabla:

ETAPA	# OBLIGACIÓN	SALDO DE CAPITAL
00. GARANTIA DEVUELTA	55	$1.618.953
01. ALISTAMIENTO	59	$1.706.750
02. DEMANDA	651	$25.734.264
03. MANDAMIENTO EJECUTIVO	209	$8.645.344
04. NOTIFICACIÓN	893	$37.196.954
05. SENTENCIA	201	$8.399.486
06. LIQUIDACIÓN	224	$9.087.349
07. MEDIDAS CAUTELARES	358	$14.281.229
08. AVALUO	32	$1.726.794
09. REMATE	30	$1.869.490
10. TÍTULOS	5	$99.165
11. TERMINADO	15	$573.800
TOTAL	**2.732**	**$110.939.579**

A los anteriores datos, el FNA les aplicó un conjunto de supuestos y probabilidades con el pretendido fin de realizar la valoración de la cartera objeto de venta, apelándose, además, según se señala, a la política de recuperación y cobranza vigente. De dicho documento, se destacan los siguientes apartes:

"La metodología utilizada para la valoración de la cartera objeto de venta, consistió en determinar los flujos posibles que se obtendrían, a lo largo del tiempo, si se mantuviera esta cartera dentro de los activos de la entidad. Para tal efecto, se simuló el comportamiento de esta cartera, de acuerdo con la información brindada por el área de riesgos y las políticas de recuperación y cobranza del FNA.

(…)

Conclusiones

Después de realizar este ejercicio de valoración se concluye que el

Fondo Nacional del Ahorro, si mantuviera esta cartera hasta terminar su ciclo de recuperación, obtendría un monto nominal de $64.264 millones, en condiciones normales de mercado y en un tiempo de hasta 14 años teniendo en cuenta el plazo restante de la cartera que se normalizaría.
La operación de venta de cartera propuesta contempla un plazo del patrimonio autónomo de 5 años, como lo informó el área de riesgos de la entidad, lo cual optimiza el tiempo de recuperación frente a los 14 años mencionados en el inciso anterior.
Se recomienda un pago inicial mínimo del 15% sobre el valor en libros de la cartera objeto de venta, porcentaje que se calculó teniendo en cuenta la diferencia entre el valor presente neto de los flujos obtenidos comparado contra en valor presente neto de estos mismos flujos con un castigo del 20%
La venta de cartera le permitiría a la entidad contar con un flujo inicial desde el momento que inicie la operación, mientras que en su gestión interna tardaría cerca de 2 años en recuperar este monto, de acuerdo con la simulación.
El porcentaje máximo de sustitución que se sugiere de acuerdo a las políticas establecidas por el área de riesgos y al resultado del valor de recuperación de la cartera objeto de venta, es del 10%.
En todo caso, la recomendación de la Vicepresidencia Financiera de la entidad es que el Fondo Nacional del Ahorro debe asegurar dentro de los términos de la negociación, un valor de recuperación en la venta que como mínimo garantice la recuperación del valor nominal obtenido en el presente ejercicio financiero".

El Tribunal se abstiene de entrar a validar o a cuestionar la solidez teórica del estudio en sus componentes propios de las ciencias económicas, lo que trasciende su especialidad y competencia, limitándose a la valoración fáctica y jurídica de la prueba.

En este sentido, se percata que, a la fecha del documento antes reseñado, ya se habían producido los días 9 y 10 de febrero, dos de las opiniones jurídicas analizadas previamente, las que de una parte otorgaban un papel protagónico al SARC, pero así mismo advertían, así sea en un plano muy general, la necesidad de sujeción del proceso contractual a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Este primer estudio de base que no tuvo variaciones significativas en los esfuerzos de venta ulteriores, se ocupa de fijar las condiciones económicas desde un ángulo estrictamente financiero -como se puede observar en los apartes expuestos y corroborar mayormente en una lectura integral del documento-, sin que dicho estudio haya involucrado o dedicado un espacio específico al análisis de las variables fiscales del negocio proyectado, ni a los principios de la función administrativa, los que no son abordados específicamente y cuya consideración supone atender otros elementos de juicio tanto para la fijación del precio como para la toma de decisión que se echan de menos, más aun tratándose de un negocio de tal envergadura y estando de por medio la protección del patrimonio público.

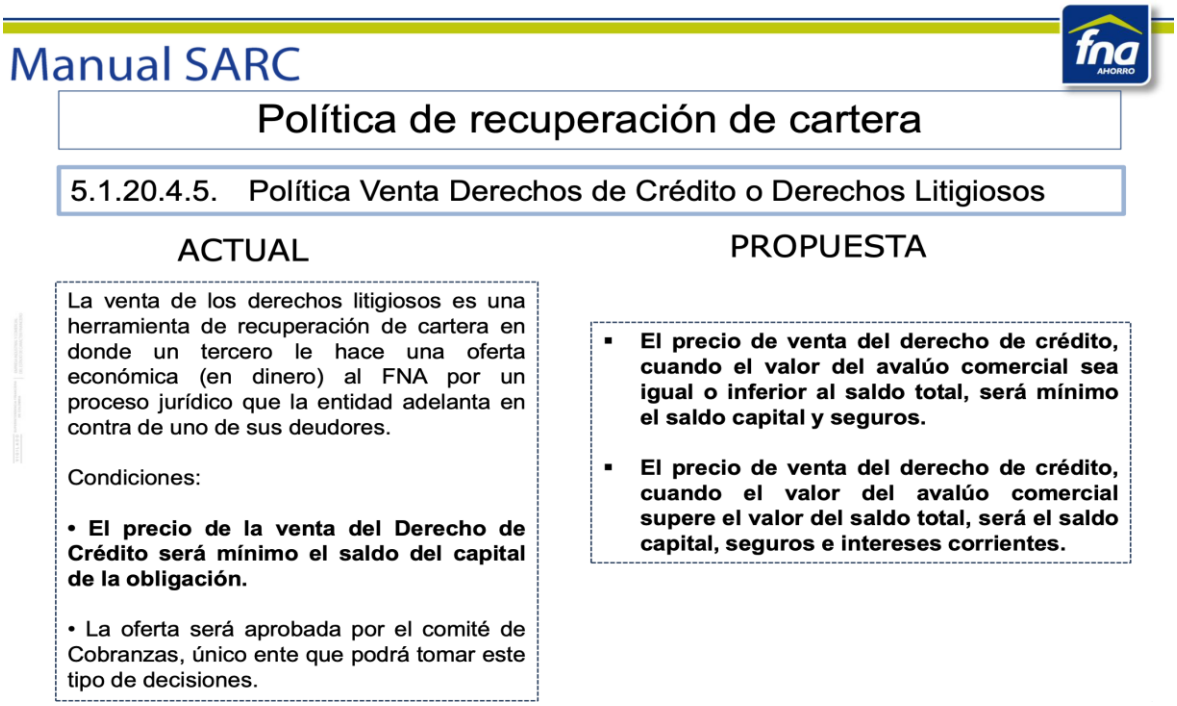
El estudio, como lo acreditan sus conclusiones, realiza un contraste de los beneficios de la operación frente a la gestión interna de cobranzas, lo que hace con base en información estadística, contable y financiera, acompañada de criterios probabilísticos y razones fundadas en las políticas a la sazón vigentes, todo lo cual, ciertamente, en un plano estrictamente financiero podría bastar e invocarse como un elemento a favor de la operación.

No obstante, si se involucra la dimensión fiscal y los criterios que deben orientar la buena administración pública, el servidor público no se encuentra en la misma situación que un empresario particular, pues a su análisis debe agregar otras consideraciones, como podría ser, entre otros: (i) El análisis desde la perspectiva fiscal de la eventual venta por un valor inferior al del capital; (ii) La incidencia desde la perspectiva fiscal de tratarse de créditos con garantías hipotecarias cuyo valor excedía en mucho el precio de base; (iii) el involucrar en el análisis costo beneficio, la ponderación de los niveles de recuperación

de cartera que se podrían alcanzar en caso de introducirse mejoras a la gestión interna, a partir de una revisión de sus políticas, fallas y oportunidades de mejora o su gestión externa a través de otras alternativas; todo lo cual hace parte de una gestión financiera y de resultados, fundada en la eficiencia, la economía, la equidad, la valoración de costos ambientales (Art. 267 C.P.) y los principios que gobiernan la función pública (Art. 209 C.P.).

De otra parte, obran en el expediente las versiones del Manual SARC 34, 35 y 36. La aprobación de la versión 34 fue abordada en la sesión de la Junta Directiva N° 873 del 22 de junio de 2017, luego es posterior en el tiempo a esta primera etapa de lo que fue el proceso de venta.

No obstante, dentro del informe de la Superintendencia Financiera se encuentra una presentación del comité de cobranzas de 2 de febrero de 2017, en la que se refleja la regla vigente para ese entonces y se consigna una propuesta de reforma al SARC para entonces vigente:



Manual SARC

Política de recuperación de cartera

5.1.20.4.5. Política Venta Derechos de Crédito o Derechos Litigiosos

ACTUAL	PROPUESTA
La venta de los derechos litigiosos es una herramienta de recuperación de cartera en donde un tercero le hace una oferta económica (en dinero) al FNA por un proceso jurídico que la entidad adelanta en contra de uno de sus deudores. Condiciones: • **El precio de la venta del Derecho de Crédito será mínimo el saldo del capital de la obligación.** • La oferta será aprobada por el comité de Cobranzas, único ente que podrá tomar este tipo de decisiones.	▪ **El precio de venta del derecho de crédito, cuando el valor del avalúo comercial sea igual o inferior al saldo total, será mínimo el saldo capital y seguros.** ▪ **El precio de venta del derecho de crédito, cuando el valor del avalúo comercial supere el valor del saldo total, será el saldo capital, seguros e intereses corrientes.**

Este primer antecedente dentro del proceso contractual, mencionado en el contrato suscrito entre el FNA y DISPROYECTOS, que fue el arquetipo de los esfuerzos posteriores de venta de la cartera que derivaron en la celebración del contrato bajo análisis, no parece haberse ajustado al SARC para entonces vigente y tal como se puede intuir incubó algunos defectos que se han proyectado sobre el resto del proceso. Por tanto, su incidencia sobre la validez del contrato debe ser analizada.

El contrato señala un segundo esfuerzo de venta de la cartera por parte del FNA a partir del 25 de abril de 2017 y hasta el 10 de mayo de 2017, en el que el FNA cursó invitación directa que se declaró fallida con aviso de no adjudicación.

De este segmento del proceso se encuentra dentro del acervo probatorio el documento CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE VENTA DE CARTERA HIPOTECARIA VENCIDA JUDICIALIZADA DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO que define el alcance del proceso; las características de la cartera para la venta; las condiciones a tener en cuenta por los oferentes; el estudio de las ofertas, y la suscripción del contrato, incluyendo las obligaciones de las partes y dentro de las del comprador, la de presentación de garantías (entre ellas la fiducia en garantía), el pago de la cuota inicial, el pago mensual y la cláusula penal. Se incorporan al documento en mención tres anexos, a saber, el de indicadores financieros, el formato de la oferta económica y el anexo procedimental.

Pese a tratarse de un documento mucho más robusto, se mantienen en los componentes propiamente del negocio las mismas orientaciones, con los

consiguientes cambios de cifras, pues el corte de los saldos de las obligaciones se hizo a 28 de febrero de 2017:

> *"Se trata de: CARTERA VENCIDA, JUDICIALIZADA DEL PRODUCTO DE LA LINEA HIPOTECARIA, CALIFICADA COMO D, E1 Y E2*
> *(…)*
> *No obstante, el número de casos y valores relacionados podrán variar durante el desarrollo del Proceso de "Venta de cartera" hasta la suscripción del contrato respectivo, y se considerarán definitivos los que se relacionen y consten en el contrato y sus anexos.*
>
> *Por tanto, el FNA fija como valor de venta de la cartera el 70% del total de la cartera judicializada, (que a febrero 28 de 2017 ascendía a $104.461.244.296) valor que deberá ser pagado en la siguiente forma:*
>
> *a) Un mínimo de 15% del valor ofertado (que no puede ser inferior al 70% del capital bruto), el cual deberá cancelarse al FNA dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la firma del contrato, mediante traslado de fondos a la cuenta que éste le indique. En caso de incumplimiento del contratista del pago en el término establecido se causará a favor del FNA el interés moratorio a la tasa máxima permitida por la Ley, por cada día de atraso en el pago de la misma y hasta que se surta el pago, sin perjuicio de la aplicación de las demás sanciones establecidas en el presente documento y/o en el contrato.*
> *b) El saldo de la deuda hasta en sesenta (60) cuotas mensuales de acuerdo con lo especificado en el presente documento".*

Ante la frustración del proceso anterior, el FNA, según se señala en los antecedentes del contrato, realizó invitación a un "*número de inversionistas determinados*", a participar en el proceso de venta de cartera judicializada, por correo electrónico de fecha 12 de septiembre de 2017.

Es en el marco de esta última iniciativa que el contrato encuadra la recepción de la oferta por parte de DISPROYECTOS el 24 de octubre de 2017.

El Tribunal advierte un conjunto de inconsistencias en torno a la concurrencia

del comprador al proceso.

El FNA ha afirmado que el proceso contractual iniciado el 12 de septiembre correspondía a una invitación privada y, en los hechos de la demanda plantea que DISPROYECTOS no fue invitada a dicho proceso:

> *"2.1.12. La sociedad Disproyectos no contó con invitación para participar en el proceso de compraventa de cartera vencida de iniciativa del FNA, prueba de ello es que no existe en la correspondencia de la entidad comunicación registrada.*

DISPROYECTOS, por su parte, con base en el texto transcrito del contrato cuya redacción dice haber sido impuesta por el FNA, señala haber sido invitada y atribuye la falta de un registro por parte del FNA a su desorden administrativo:

> *"Al 2.1.12. NO ES CIERTO. FALSO DE FALSEDAD ABSOLUTA Y CARENTE DE VERACIDAD la afirmación contenida en este hecho, pues en el contrato suscrito entre las partes, que fue redactado de manera unilateral por la demandante, en ejercicio de su POSICIÓN DOMINANTE, ésta incluyó en el aparte final del LITERAL C), que "…el VENDEDOR realizó invitación a un número de inversionistas determinados…a participar en el proceso de venta de cartera judicializada por correo electrónico de fecha 12 de septiembre de 2017, recibiendo en la fecha establecida por el VENDEDOR* propuesta formal *de quien en el presente contrato se denomina COMPRADOR el día 24 de octubre de 2017. (…) Aseveración la que conduce indefectiblemente a concluir la irresponsabilidad y desorden administrativo reinante al interior de la entidad demandante; responsabilidad que no puede trasladar a la demandada".*

El FNA hace en el hecho citado una negación indefinida que conforme al inciso final del artículo 167 del CGP no requiere de prueba, pero podría ser desvirtuada de haber existido invitación formal por la parte Convocada como destinataria de esta. Aquella, en el punto, no aportó con la contestación de la demanda la invitación que al tachar de falsedad absoluta el hecho, pretende le fue formulada y, busca desvirtuar el aserto invocando el

antecedente citado del contrato, el que no es concluyente. Del texto citado, no fluye que se haya cursado una invitación formal en el correo referido del 12 de septiembre cursado a inversionistas determinados. Lo único evidente en dicho antecedente respecto a DISPROYECTOS es que se recibió de dicha entidad una propuesta formal el 24 de octubre.

Asume el Tribunal que el FNA no pone en duda que los funcionarios de la época hayan tenido un acercamiento informal con alguno de los socios, personas o intermediarios que promoverían la entrada en escena de DISPROYECTOS, dando curso a la oferta proveniente de dicha entidad, así como negociado y suscrito el contrato. Entiende en consecuencia que el reparo se endereza a cuestionar la posible inobservancia de principios rectores de la actividad contractual del Estado como los de imparcialidad, objetividad y transparencia.

Este extremo del debate afloró en la declaración de la señora Adriana Rojas González[114], que durante parte del proceso fungió como Vicepresidente de Riesgos de la entidad:

> ***"DR. MONTOYA:*** *Tengo una pregunta, doctora Rojas, recuerda usted si Disproyectos fue invitada a participar del proceso de selección?*

[114] Al momento de la declaración señaló trabajar para el FNA: "; *mi nivel académico es profesional con posgrado, maestría; actualmente trabajo en el Fondo Nacional del Ahorro como profesional grado 1. (…) Trabajo en el Fondo Nacional del Ahorro nombrado en planta desde julio del año 2002; dos años antes, fui trabajador en misión de la empresa. Actualmente, trabajó en la oficina jurídica como profesional del área, en el grupo de asesorías y conceptos, llevo entonces este tiempo en la entidad, 22 años más o menos. (…) Actualmente trabajo en el grupo de asesorías, entonces, recibimos un reparto de consultas jurídicas de las áreas y se hace la revisión de los aspectos jurídicos, normativos de la procedencia de la solicitud y se emite un proyecto de concepto para ponerlo a consideración de la jefe de la oficina jurídica, quien es en últimas quien puede expedir ese tipo de actos administrativos, es decir, la función se circunscribe a la proyección de sustanciación, digamos, de estos conceptos. (…) …para la fecha de suscripción del contrato yo ejercía un encargo en la vicepresidencia de riesgos como vicepresidente, y conocí parte de la etapa precontractual hasta la suscripción del contrato, y posteriormente de la ejecución del mismo, hasta que estuve en el encargo de la vicepresidencia, estamos hablando hasta el 2 de febrero del año 2019*".

> ***SRA. ROJAS:*** *No, que yo haya enviado una invitación a Disproyectos, no, no lo recuerdo en el proceso de selección. Cuando el proceso de selección yo no estaba a cargo, pero de la revisión que en su momento hice de los documentos, no recuerdo haber visto a Disproyectos en esa relación.*
>
> ***DR. MONTOYA:*** *Esta era una convocatoria abierta?*
>
> ***SRA. ROJAS:*** *Fue una convocatoria abierta que hizo el área de contratación de la entidad en su momento.*
>
> ***DR. MONTOYA:*** *Permítame corregirla doctora, según los documentos, esto era una convocatoria cerrada, no le parece llamativo eso? Que obra en el expediente, por cierto.*
>
> ***SRA. ROJAS:*** *Sí, como le digo, fue el grupo de contratación de la entidad quien hizo la convocatoria, tengo entendido que pública, no podría decirle si era una convocatoria cerrada, no sé. Fue el área de contratación y como le digo, fue anterior a que yo llegara a la entidad, no recuerdo*".

En los soportes que acompañaron el informe de la Superintendencia Financiera de Colombia el Tribunal ha constatado la existencia de un conjunto de siete invitaciones formuladas por el FNA el 12 de septiembre, sin que entre ellas se encuentre relacionado como destinatario a DISPROYECTOS. Estas invitaciones se formularon a COVINOC, CISA, GRUPO CONSULTOR ANDINO, REFINANCIA, INVEREST, SISTEM COBRO y CREAR PAÍS, bajo un mismo formato, en el que se señalaba:

> *"El FNA ha decidido poner en venta la cartera vencida de créditos con garantía hipotecaria que se encuentran judicializados mediante un proceso competitivo que se llevará a cabo entre entidades que tengan interés en este tipo de operaciones.*
>
> *Esperamos realizar esta transacción durante el próximo mes de octubre y conociendo la filosofía de (…)*[115]*, ponemos en su conocimiento esta*

[115] Cada invitación insertó en este aparte el nombre de la entidad a la que iba dirigida la comunicación, COVINOC, etc.

decisión con nuestra invitación a participar en el proceso.

Es fundamental que las entidades que manifiesten su interés en participar en el proceso destinen el equipo de trabajo necesario, con la experiencia suficiente, para poder efectuar el análisis de la cartera que se ofrece en venta, en los tiempos que se establezca para tal actividad. Esta invitación no constituye una oferta de venta en firme y por lo tanto no implica para la entidad la obligación de aceptar ninguna de las ofertas que se presenten.

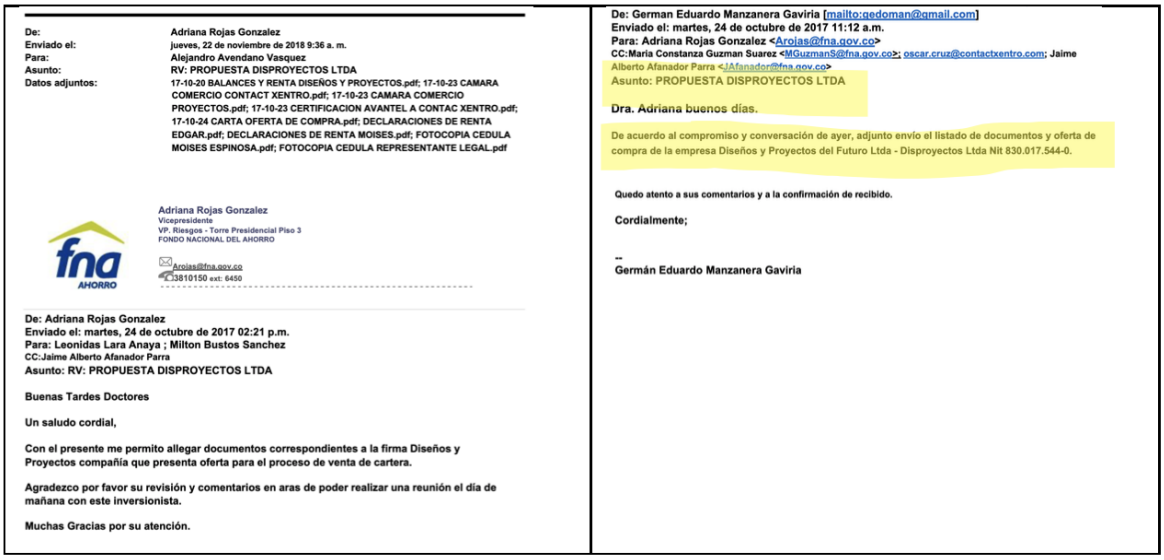
Estaremos complacidos para presentarles nuestra propuesta para tales efectos los esperamos el día de (…)[116] *en las oficinas de la Vicepresidencia de Riesgos ubicadas en (…)"*

Otras invitaciones identificadas obrantes en el proceso corresponden a procesos de invitación en esfuerzos previos de venta, aportados con motivo de la diligencia de exhibición, donde tampoco figura que se haya contactado a DISPROYECTOS. En efecto, hacia el mes de marzo de 2017 figuran invitaciones cursadas a FIDUAGRARIA, COVINOC, CISA, SISTEMCOBRO y REFINANCIA. Hacia el mes de abril, figuran invitaciones a SISTEMCOBRO y ACKERMAN CONSTRUCCIONES, pero frente a esta última invitación solo figuran las entidades antes citadas, dentro de las que no se cuenta DISPROYECTOS.

En cuanto a la propuesta formal del 24 de octubre referida en los antecedentes del contrato, el Tribunal encuentra, además, que la misma no obstante ser suscrita por el representante legal, no fue remitida en forma directa por DISPROYECTOS, pues hizo parte de un documento adjunto a un correo electrónico remitido por el señor Germán Eduardo Manzanera que refleja en su texto una participación directa en la negociación y que Adriana Rojas, la destinataria del mismo, habría reenviado al Alejandro Avendaño Vásquez (su facsímil se recoge en el siguiente cuadro en dos columnas, en el

[116] Las invitaciones fijaban en cada caso el día y la hora, siendo programadas en su totalidad entre el día 13 y 14 de septiembre, vale decir, comenzando desde el día siguiente de la misma.

que se destacan los apartes correspondientes en amarillo):



De: Adriana Rojas Gonzalez
Enviado el: jueves, 22 de noviembre de 2018 9:36 a. m.
Para: Alejandro Avendano Vasquez
Asunto: RV: PROPUESTA DISPROYECTOS LTDA
Datos adjuntos: 17-10-20 BALANCES Y RENTA DISEÑOS Y PROYECTOS.pdf; 17-10-23 CAMARA COMERCIO CONTACT XENTRO.pdf; 17-10-23 CAMARA COMERCIO PROYECTOS.pdf; 17-10-23 CERTIFICACION AVANTEL A CONTAC XENTRO.pdf; 17-10-24 CARTA OFERTA DE COMPRA.pdf; DECLARACIONES DE RENTA EDGAR.pdf; DECLARACIONES DE RENTA MOISES.pdf; FOTOCOPIA CEDULA MOISES ESPINOSA.pdf; FOTOCOPIA CEDULA REPRESENTANTE LEGAL.pdf

Adriana Rojas Gonzalez
Vicepresidente
VP. Riesgos - Torre Presidencial Piso 3
FONDO NACIONAL DEL AHORRO
Arojas@fna.gov.co
3810150 ext: 6450

De: Adriana Rojas Gonzalez
Enviado el: martes, 24 de octubre de 2017 02:21 p.m.
Para: Leonidas Lara Anaya ; Milton Bustos Sanchez
CC:Jaime Alberto Afanador Parra
Asunto: RV: PROPUESTA DISPROYECTOS LTDA

Buenas Tardes Doctores

Un saludo cordial,

Con el presente me permito allegar documentos correspondientes a la firma Diseños y Proyectos compañía que presenta oferta para el proceso de venta de cartera.

Agradezco por favor su revisión y comentarios en aras de poder realizar una reunión el día de mañana con este inversionista.

Muchas Gracias por su atención.

De: German Eduardo Manzanera Gaviria [mailto:gedoman@gmail.com]
Enviado el: martes, 24 de octubre de 2017 11:12 a.m.
Para: Adriana Rojas Gonzalez <Arojas@fna.gov.co>
CC:Maria Constanza Guzman Suarez <MGuzmanS@fna.gov.co>; oscar.cruz@contactxentro.com; Jaime Alberto Afanador Parra <JAfanador@fna.gov.co>
Asunto: PROPUESTA DISPROYECTOS LTDA

Dra. Adriana buenos días.

De acuerdo al compromiso y conversación de ayer, adjunto envío el listado de documentos y oferta de compra de la empresa Diseños y Proyectos del Futuro Ltda - Disproyectos Ltda Nit 830.017.544-0.

Quedo atento a sus comentarios y a la confirmación de recibido.

Cordialmente;

--
Germán Eduardo Manzanera Gaviria

Este registro de la intervención del del Señor Manzanera Gaviria agenciando intereses de DISPROYECTOS ante el FNA, no concuerda plenamente con el rol que dijo jugar en la declaración rendida ante este Tribunal, en la que, si bien reconoció una participación en el proceso entendido en un sentido amplio, insistentemente procuró situar su órbita de actuación en la relación que el oferente que resultara ganador debería entablar con una fiduciaria.

En efecto, el Señor Germán Eduardo Manzanera Gaviria señaló haber trabajado primero como funcionario de FIDUAGRARIA y posteriormente como *freelance*. Afirma que al ser dicha entidad invitada a conocer de la venta de cartera del FNA, supuestamente FIDUAGRARIA tomó interés en participar en la administración fiduciaria de la cartera una vez fuera vendida, por lo que el señor Manzanera inicialmente como funcionario y luego en forma independiente participó en favor de dicha entidad con el objetivo de atraer a la fiduciaria como clientes a posibles compradores de la cartera del FNA:

> *"Entonces, allí de esa manera efectivamente por ese contrato que llegó a través de Óscar Cruz, que es hoy en día una casa de cobranza, una casa de cobro de cartera que se llama Contact Centro, precisamente ellos hicieron llegar los papeles o la intención de Disproyectos en su momento, y por eso es que yo los conozco a ellos; y pues digamos que tengo entendido, tengo conocimiento del negocio que en su momento se realizó con el Fondo Nacional del Ahorro".*

El deponente precisó más su papel y su relación con el señor Óscar Cruz, en los siguientes términos:

> ***"DR. ARIZA:*** *[00:12:18] Cuéntenos un poco en detalle su participación en la etapa previa a la celebración del contrato de venta de cartera que se celebró finalmente entre el Fondo Nacional del Ahorro y Disproyectos, es decir, me refiero a las etapas previas, a los acercamientos, qué rol jugó usted ahí exactamente?*
> ***SR. MANZANERA:*** *[00:12:45]El rol que yo jugué fue como funcionario de la fiduciaria, como le digo, a nosotros el Fondo Nacional del Ahorro, dado un contacto que hizo la Fiduciaria Agraria en su momento, en esa reunión manifestó el interés de hacer la venta de cartera hipotecaria. Precisamente, como mi función dentro del contrato que tenía con la fiduciaria era conseguir inversionistas, precisamente que estuvieran interesados en ciertos negocios que pudiera administrar la fiduciaria, me llamaron a mí, nosotros fuimos y nos reunimos y básicamente el Fondo Nacional presentó su intención y todo un modelo o un esquema de negocio que ellos tenían, en donde ellos ya tenían determinado, donde la fiduciaria obviamente iba a tener una gran participación como administradora, que era la idea. Entonces, allí fue donde empezó mi gestión para buscar un inversionista, yo conocí a Óscar Cruz por una persona, con un amigo en común que teníamos, a mí me presentaron a Óscar Cruz, y en su momento con Óscar Cruz, hicimos un trabajo para conseguir precisamente un inversionista, dado que él ya tenía también la experiencia en esa compra de cartera y en esos manejos, porque él se dedica a ello. De allí salió un primer interesado que fue Construcciones Ackerman, si mi memoria no me falla, después una comisionista de bolsa también se vio muy interesada en el manejo, también le hizo una propuesta al fondo en su momento, que esa comisionista es Global Security, ellos también estuvieron allí; y por último, Óscar Cruz presentó a Disproyectos, y básicamente la relación con ellos fue: mire, estas son las condiciones que coloca el fondo. Ellos han hecho una oferta directamente al fondo y propusieron que dentro de su manejo Fiduciaria Agraria era la que iba a ser, obviamente la gestión y administración de la cartera, de acuerdo a lo que en su momento había manifestado el fondo que estaba interesado que fuera*

una fiduciaria intermediaria, y en ese momento, se llevó un proceso de oferta por parte de Disproyectos; y una vez aceptada por parte del fondo, entró la fiduciaria a ceder el contrato con Disproyectos y hacer la administración.
(…)
DR. ARIZA: *[01:11:02] Explíqueme entonces un poco más, si bien no analizó la capacidad de la experiencia de Disproyectos, qué análisis fue el que realizó usted con respecto a la experiencia de estas personas, dentro de esas el doctor Moisés, y quién es el doctor Moisés?*
SR. MANZANERA: *[01:11:25] Yo conocí al doctor Moisés Espinosa, precisamente como le manifiesto a través de Óscar Cruz. Óscar Cruz me presentó a Moisés, me dijo que efectivamente él, y en este momento se me escapa el nombre de las otras dos personas, pido excusas, me acuerdo más de Moisés, porque con él tuve de pronto más acercamientos, con él y con Óscar Cruz, puntualmente. Él fue el que me presentó, me dijo venga, mire, le presentó a Moisés, él está interesado en el tema, le pareció atractivo el negocio, él es abogado, efectivamente él ya conoce el tema. Entonces en ese sentido, como le digo, mi función fue decirle bueno, mire, de acuerdo a lo que hemos hablado, en su momento mire, estas son las condiciones, el Fondo Nacional del Ahorro, básicamente ha manifestado que está vendiendo su cartera. Una fiduciaria dentro de esas exigencias es que haga la administración, estas son las condiciones del negocio: cuente con Fiduagraria, como lo mencioné ahorita, y si están interesados en presentar la propuesta, está en sus manos. Claramente presenten la documentación, todos los requisitos para la compra, y si el Fondo Nacional del Ahorro acepta, digamos que ahí hacemos el proceso con Fiduagraria para ver si es viable la administración por parte de ellos. Y bueno, afortunadamente se dio el negocio".*

En respuestas posteriores aclara que el FNA no le solicitó a la FIDUCIARIA buscar un inversionista[117], ni le ofreció algún pago por ello[118] y que así mismo,

[117] ***DR. ARIZA:*** *[00:17:02] Y a la fiduciaria le encargaron o le solicitaron buscar inversionistas para comprar esa cartera, según le entiendo? //* ***SR. MANZANERA:*** *[00:17:19] Tanto como encargar, no. Digamos que era más un interés de la fiduciaria, porque veía que era un negocio interesante, de la cual en su momento la fiduciaria ya tenía conocimiento por otros patrimonios autónomos que administraba. Entonces, a la fiduciaria le llamaba la atención el negocio, por eso la fiduciaria, como quien dice, tenía esa intención de hablar con el fondo, pero que haya una instrucción de: ayúdeme, no; ellos tenían una convocatoria abierta, ellos de hecho, a todas sus casas invitaron a muchos, tengo entendido, porque eso fue lo que manifestó en su momento el doctor Guillermo, sino que a nosotros nos interesaba como fiduciaria el negocio. Por eso salimos a buscar a algún inversionista que estuviera interesado y hacer la gestión que me correspondía como contacto comercial, para buscar ese inversionista que estuviera interesado.*

[118] ***DR. ARIZA:*** *[00:18:21] Es decir, para que haya absoluta claridad, a la fiduciaria no le ofrecieron el pago de una comisión o algo similar por encontrar a ese inversionista? //* ***SR. MANZANERA:*** *[00:18:33] No, no señor.*

el comprador tenía libertad de contratar a otra fiduciaria[119]. Así mismo, que la presentación realizada por él de DISPROYECTOS a FIDUAGRARIA fue posterior a su desvinculación como funcionario[120], negocio por el cual recibía aún a la fecha de su declaración una remuneración[121].

El Señor Óscar Ricardo Cruz Sánchez mencionado por el Señor Manzanera como quien intermedió en la vinculación de DISPROYECTOS, en la declaración rendida en el curso de este proceso señaló ser el operador de la cartera comprada por DISPROYECTOS[122] y, respecto al papel que él jugó en el contrato y de las circunstancias como DISPROYECTOS concurrió a ofertar, hizo las siguientes declaraciones que se concatenan, así:

> *"(…) mi actividad dentro de ese proceso fue a través del señor Germán Manzanera, que me contactó para... Germán Manzanera era el comercial de Fiduagraria, entiendo habían sido invitados en el proceso y él me contactó para conseguir potenciales compradores de la cartera, en ese orden de ideas se acompañó al señor Germán y se le presentaron unos posibles candidatos de compra, sí, en ese orden de ideas, pues esa fue mi relación en ese proceso, no es negociación, sino en la presentación de algunos posibles compradores. (…) Logramos*

[119] ***DR. ARIZA:*** *[01:04:15] Yo tengo un par de preguntas para el señor Manzanero. La primera es que nos aclare, en cabeza de quién radicaba la escogencia de la fiduciaria como administradora de esa cartera, según lo que usted nos dice, recaía eso en cabeza de Disproyectos o del Fondo Nacional del Ahorro, o cómo era esa escogencia? //* ***SR. MANZANERA:*** *[01:04:50] El comprador o inversionista era libre de escoger la fiduciaria de su preferencia.*

[120] ***DR. ARIZA:*** *[00:19:49] Usted tuvo qué participación en la celebración de ese contrato entre la Fiduciaria y Disproyectos? //* ***SR. MANZANERA:*** *[00:19:57] Ninguna, porque yo era externo en ese momento. Cuando se firma ese contrato, yo ya soy externo, entonces, digamos que yo presento a Disproyectos como la persona interesada, y ya la fiduciaria es la que se encarga de hacer toda la contratación, cerrar y hacer el vínculo contractual entre la fiduciaria y Disproyectos.*

[121] ***DR. ARIZA:*** *[00:21:56] Esa era parte de lo que usted menciona de conseguir negocios y recibir una comisión a cambio? //* ***SR. MANZANERA:*** *[00:22:11] Por parte de la Fiduciaria Agraria. //* ***DR. ARIZA:*** *[00:22:14] Es decir, le pagaron a usted una comisión por haber presentado a Disproyectos para este negocio? //* ***SR. MANZANERA:*** *[00:22:25] Sí señor, de hecho, en este momento yo por parte de Fiduagraria sigo recibiendo unos recursos, precisamente porque el contrato todavía sigue en pie y sigue siendo administrado por la fiduciaria.*

[122] …soy el operador de la cartera que se compró al Fondo Nacional del Ahorro a través, inicialmente contrato directo con Disproyectos, después cedido al Patrimonio Autónomo Disproyectos de Fiduagraria. (…) Yo hago la labor hacia finales del mes de noviembre, desde el 07 de diciembre más o menos, creo que empezamos la operación, iniciamos operación de recuperación de la cartera con un contrato que se firmó inicialmente, como les mencioné, directamente con Disproyectos y que posteriormente fue cedido al Patrimonio Autónomo Disproyectos de Fiduagraria, en el mes de febrero más o menos del 2018.

presentar a dos de los candidatos, uno era la Constructora Akerman, si no estoy mal, el nombre era Akerman, Disproyectos y se acompañó al señor Germán con una empresa que se llama, espere recuerdo el nombre, es Global, no me acuerdo, Global Security, bueno, es una casa de bolsa, sí, que se llama Global, el nombre exacto no lo recuerdo en este momento. (…) … yo acompañé al señor Germán Manzanera a una presentación en las instalaciones del Fondo Nacional del Ahorro, la fecha aproximada podría haber sido abril del 2017 o algo así, donde el señor vicepresidente de riesgo, no recuerdo el nombre, qué pena con ustedes, del momento hizo la presentación del portafolio que está objeto de venta. (…) se mencionaba que se había autorizado la venta de una cartera, que eran créditos hipotecarios, que tenían una calificación, creo que era D y E, si no estoy mal, el portafolio, y que se daba, que el precio de venta era 75, 70% sobre el capital y las condiciones de compra que se estaban como solicitando, básicamente. (…) … el señor Manzanera me contactó por tener el conocimiento de mercado de compras de cartera, asesorar y conocer en el mercado el negocio por mi antecedente, como les mencioné, vicepresidente comercial y gerente general de Sistemcobro, que nos caracterizamos en el mercado como negociadores o como operadores y compradores de cartera en su momento (…) Marzo, abril, mayo del 2017, fecha exacta no recuerdo exactamente, pero fue cuando se está en el proceso de la venta del fondo".

El Señor Óscar Cruz reconoció no haberse presentado como proponente al proceso por no contar con la capacidad financiera necesaria[123] y, al ser indagado por qué razón y a quien conocía en DISPROYECTOS mencionó a Moisés Espinosa y a nadie más dentro de esa entidad[124]; sin embargo, reconoce haber planteado el negocio a dicha sociedad y haber convenido como reconocimiento a su gestión, obtener el carácter de operador en caso de prosperar el respectivo negocio, como en efecto ocurrió:

"DR. MONTOYA: *Me podría señalar usted en términos generales, ¿cuál*

[123] ***DR. MONTOYA:*** *¿Por qué Contact Centro no se presentó? //* ***SR. CRUZ:*** *Porque no tenemos la capacidad financiera de compra, no teníamos cómo cumplir con los requisitos que el mismo Fondo había establecido para un posible comprador.*

[124] ***DR. MONTOYA:*** *¿Cómo conoció usted de la existencia de Disproyectos? //* ***SR. CRUZ:*** *Disproyectos, yo conozco, digamos en el relacionamiento comercial que tengo, Disproyectos uno de los socios, el doctor Moisés Espinosa, yo lo conozco, él ha sido asesor de compradores de cartera y demás y se contactó, si él conocía o si les interesaba el negocio.*

fue su conversación con Disproyectos para comentarles de la existencia de este negocio?
SR. CRUZ: *Claro, como agente, como yo me considero un agente comercial externo para varios clientes, yo me especializo en compra y venta de cartera, para eso están las referencias que se pueden soportar, Disproyectos tenía unas condiciones por ser constructor, como inicialmente también se presentó al señor Akerman o la Constructora Akerman, de la cual, como le menciono la fiduciaria logró establecer qué podía ser un potencial comprador y asimismo fue que se presentó en el Fondo.*
DR. MONTOYA: *Okey. Cuando usted habla de agente comercial, ¿usted o su empresa recibió algún pago por parte de la Fiduagraria?*
SR. CRUZ: *No, señor, mi condición era que si yo lograba, como sucedió con Disproyectos, si yo lograba, si logramos establecer que se diera la negociación y salía a feliz término, pues me ofrecía como el operador de la cartera.*
DR. MONTOYA: *Eso era lo que le iba a preguntar inmediatamente, pero solamente para especificar, ¿usted tenía un acuerdo previo con Disproyectos en el sentido de que si Disproyectos adquiría la cartera, usted la iba a operar?"*

El Señor Moisés Espinosa Rodríguez, aludido en las anteriores narraciones transcritas, quien además reconoce haber sido socio de DISPROYECTOS[125] y lo seguía siendo incluso al momento de su declaración[126], dio en el transcurso del proceso su propia versión de los hechos:

"DR. ARIZA: *Muy bien. ¿Usted tuvo alguna participación en la etapa precontractual o en la ejecución del contrato de compraventa de cartera celebrado entre el Fondo Nacional del Ahorro y Disproyectos? (…) Por favor, cuéntenos, ¿cuál es esa participación? Y si quiere, primero, refiérase a la etapa precontractual, posteriormente a la etapa de ejecución del contrato, por favor.*
SR. ESPINOSA: *Bueno, la etapa precontractual, como lo dije anteriormente, dentro de mis especialidades está el tema de manejo*

[125] ***DR. ARIZA:*** *Bien. ¿Tiene algún vínculo o alguna relación con Disproyectos S.A.S? //* ***SR. ESPINOSA:*** *En su momento sí, fui socio de Disproyectos. //* ***DR. ARIZA:*** *¿Eso para cuándo fue? //SR. ESPINOSA: Para el 2017 hasta comienzos de este año.*
[126] ***DR. ARIZA:*** *Bien, una pregunta, usted mencionó haber sido accionista de Disproyectos, ¿verdad? //* ***SR. ESPINOSA:*** *Sí, señor, sí, señor, yo las tengo ahorita p, o sea, ya no, no asisto a reuniones de Disproyectos ni nada, en ciertas situaciones los asesoro, las tengo prometidas en venta a una persona, que no viene al caso aquí el negocio. //* ***DR. ARIZA:*** *Pero ¿sigue siendo accionista entonces en la fecha? //* ***SR. ESPINOSA:*** *Pues bueno, sí, en cierta forma sí, no he asistido últimamente a las cesiones de Disproyectos, ni reuniones, ni nada. (…)* ***DR. MONTOYA:*** *Usted nos podría decir, ¿a cuánto asciende su participación accionaria en Disproyectos? //* ***SR. ESPINOSA:*** *4%.*

de cartera, manejo de cartera lo vengo ejerciendo a nivel profesional desde el año 97, cuando inicié labores en cobranzas en el área de cartera y en otras entidades en las cuales he trabajado, conocí al señor en su momento, Óscar Ricardo Cruz Sánchez, con quien tuvimos varios vínculos, en su momento contractuales de compra o venta de cartera. Pero, pues al detalle él sobre el 2017, ***sobre julio yo creo, junio o julio me comentó de una venta masiva*** *que se iba a ser de cartera, no me comentó en ese momento exactamente qué cartera iba a ser, porque él me dijo va a salir un paquete grande de cartera, pero hasta tanto no lo determinen bien no le puedo decir cuál es el originador, yo le dije pues téngame pendiente por si se llega a hacer alguna negociación o por si efectivamente necesitamos ubicar algún comprador, él me dijo que efectivamente, que estaban mirando ese tema. Ya, yo creo que (en)* ***agosto, septiembre me volvió a contactar, me comentó que había tenido un proceso de enajenación, pero que no había sido fructífero****, inclusive me comentó que ese proceso, si no estoy mal, lo habían tratado de hacer hasta con Central de Inversiones, entidad con la cual yo trabajé, le dije no creo que lo hagan porque compran demasiado barato,* ***entonces ya sí me planteo el negocio, pero de manera muy general****, me dijo son alrededor de 2100 obligaciones, tienen un precio de tanto, se vende al tanto por ciento de capital, le dije déjeme, yo busco a ver con quién se podría negociar esa cartera, porque el porcentaje está bastante alto de acuerdo a los que se manejan en la costumbre comercial de venta de carteras.* ***Me puse a la tarea, ubique parte de los inversionistas que yo manejo*** *y pues varios me dijeron que no, hasta que* ***uno me dijo mire, hable con tales personas, que esas personas si les puede estar interesando el negocio de cartera, esas personas a la larga resultaron ser los socios de Disproyectos y en su momento también quienes eran los propietarios de Disproyectos****, estas dos personas que eran propietarias de ese proyecto dijeron mire, no nos interesa, les vendemos la sociedad y ustedes compran la cartera****, dentro del negocio, yo* ***les dije****, perfecto,* ***yo como estructurador del negocio lo que es la costumbre comercial cobro una comisión****, no la paga el vendedor, porque* ***en estos casos nunca pagan los vendedores, sino pagan los compradores, ahí fue donde se generó también mi relación con Disproyectos, me dijeron no le pagamos, pero haga parte del negocio****. (…) Comenzamos a hablar con Óscar Cruz, después nos presentaron a todo el tema que era con la fiduciaria inicialmente, donde apareció en el escenario el señor Germán Manzanera y don Óscar Iván Gutiérrez, persona que también conozco y que conocí desde el año 2003 (…) ellos nos comentaron y ya nos dijeron que el negocio era con el Fondo Nacional del Ahorro, ya* ***nos especificaron el número de obligaciones, cuáles eran los valores de venta, no nos explicaron valores*** *porque dijeron y es lo común que se manejan estos temas de cartera, los valores se determinan es a las fechas de corte que establecen las entidades vendedoras, el que*

vende en cartera es el que dice con qué fecha de corte vende su cartera y ahí es donde se tasa, ***nos determinan que toda la cartera era hipotecaria, que estaba judicializada, que también la cartera estaba calificada en E y castigada*** *(…) …yo recuerdo que se hizo alrededor de una o dos reuniones con ellos, en las cuales se les preguntaba por la calidad del Fondo y por mi conocimiento directo, por qué no estaban negociando directamente con Central de Inversiones (…) …* ***ya después, si nos presentamos con Fondo Nacional del Ahorro en una reunión, me acuerdo informal, en esa reunión estuvieron varios funcionarios del Fondo****, me acuerdo, sí, que estuvo en esa reunión el señor, si no estoy mal es Jaime Afanador, el apellido, sí lo tengo totalmente claro que era el vicepresidente jurídico, estuvo la señora Adriana Rojas, que era la vicepresidente de riesgos, estuvo la señora Constanza Guzmán que era abogada a la vicepresidencia riesgos* ***y allá nos presentaron el negocio, cuál era la venta de cartera, qué era lo que iba a ser, eso fue ya como septiembre, octubre del 2017****. (…) ya de ahí nosotros estructuramos la oferta, la presentamos, los valores que nos dieron y así quedó inclusive consignado y se desprende del contrato, los valores en cierta forma eran aproximados y por eso en el contrato, me acuerdo tanto que se dice tantas cuotas semestrales de X valor, pero la última tiene un ajuste y por qué tendría esos ajustes, tendría una razón de ser por el tema de las sustituciones que podían inclusive aumentar o disminuir obligaciones.* ***Presentamos la oferta, la primera*** *fue de vuelta, digámoslo así,* ***no fue rechazada como tal, sino nos dijeron, tienen que ajustarse a los parámetros que nosotros estamos estableciendo, es decir, la forma de pago, el plazo y la aceptación de las instituciones, de los procesos y demás, se ajustó la oferta de acuerdo a las observaciones que nos hicieron, llegó la aprobación, la aprobación, sino estoy mal, llegó suscrita por la señora Adriana Rojas****, que era la vicepresidente de riesgos del Fondo,* ***comenzamos a estructurar la operación, se tenían ciertos recursos económicos en Disproyectos, otros tocó salir a conseguirlos para cubrir la cuota****, porque se iba a venir la cuota, y dentro de la estructuración que se hizo también se aceptaron todas las garantías que pedía el Fondo, digámoslo así, esa parte toda fue la parte precontractual, sí. Inclusive en una de las reuniones que se hizo allá en la vicepresidencia de riesgos, la vicepresidenta Adriana Rojas me preguntó directamente a mí, … (…)* ***y le expliqué cuáles serían los rangos y cómo se iba a parametrizar la cartera dentro de nuestra visión para cobranza de cartera. (…).*** *Ahí, digámoslo así, terminó la parte precontractual, donde se aclararon dudas, se mandó el contrato por parte del Fondo Nacional del Ahorro, nos lo entregaron en PDF inscrito, las observaciones no las podíamos hacer, lo normal que se hace en un documento Word que uno hace el comentario, teníamos que llevarles el contrato, me acuerdo tanto que dijimos, hagamos, una mesa de trabajo en el Fondo Nacional del Ahorro, sí, para de una vez conciliar las cláusulas, qué es lo*

va aquí, qué es lo que va acá, expliquemos las cláusulas y demás. Dentro de todo ese proceso y por la magnitud del contrato, también se le preguntó al vicepresidente jurídico, al doctor Afanador y a la doctora Adriana Rojas si esto requería de aprobaciones previas, de instancias superiores y siempre nos dijeron y bajo ese principio siempre actuamos, de que tenían absolutamente todas las facultades para hacerlo de manera directa. De eso también (…) tengo conocimiento que todas las entidades dentro de sus manuales tienen la venta de créditos, porque es una forma de circularizar esos créditos que son castigados, que ya han salido de sus estados financieros, de sus asientos contables y volverlos un activo líquido porque los tienen como activos improductivos y de alto riesgo, entonces, pues ahí y bajo la seguridad que ellos nos daban, de que contaban con todas las autorizaciones, capacidades y demás, tanto legal como estatutariamente dijimos, perdónenme la expresión, vamos para adelante en el negocio, esa fue la parte contractual en la que estuvimos.

Frente a otras preguntas, el Señor Espinosa dio nuevos detalles que merecen transcribirse *in extenso*:

"DR. MONTOYA: *¿Usted entró a formar parte de Disproyectos por invitación de alguien en particular?*
SR. ESPINOSA: *Cuando, como lo mencioné inicialmente, cuando se estaba estructurando el negocio, sí, como Óscar Ricardo conocía en estructuración de este tipo de negocios lo presenté, tanto a quienes eran los dueños de Disproyectos como a los nuevos accionistas, que estuvimos sentados, miramos, ellos lo que me dijeron es, haga parte del proyecto, cierto, para que, digámoslo así, usted trae el negocio, no le vamos a dar una retribución económica, si no usted se va a futuro, mejor dicho, evalúelo cómo le iría mejor, si ahorita o a futuro y demás, en últimas coincidimos y dijimos pues hagamos participación y ahí fue donde me vinculé.*
(…)
DR. MONTOYA: *Okey. Esas reuniones que se celebraron en la etapa precontractual, que usted mencionó que fueron aproximadamente dos meses, ¿se produjeron antes de que usted fuera socio de Disproyectos?*
SR. ESPINOSA: *Sí, hubo unas antes y unas después.*
DR. MONTOYA: *Sí, no, pero me refiero a la etapa precontractual en la mayoría, ¿de acuerdo?*
SR. ESPINOSA: *O sea, sí, doctor, me refiero a que unas antes, en la precontractual unas antes de ser socio y en la precontractual ya unas siendo socios.*
(…)
DR. MONTOYA: *Hubo algún tipo de acuerdo entre, usted en ese*

momento, cuando el señor Cruz lo contactó, ya era socio de Disproyectos, no ¿cierto?
SR. ESPINOSA: *No, no, no.*
DR. MONTOYA: *Usted en ese entonces era un tercero de Disproyectos por lo que me acababa de responder, entonces, cuando el señor Cruz lo contacta a usted, ¿usted cómo se contacta con las personas de Disproyectos y con quién se contacta usted?*
SR. ESPINOSA:*… con quién(¿), o sea, Óscar Ricardo Cruz, me dice se está vendiendo un paquete de cartera, por qué me dice va a salir, porque tenían un procedimiento previo que estaban haciendo en el FNA, así nos lo dijo él, después fue cuando nos dimos cuenta que era que estaban en el proceso de venta de cartera, él me explica, me dice van a salir, son alrededor de 2.100 obligaciones, todas hipotecadas, todo es judicializadas, me dio otros pormenores que lo que uno pregunta, bueno, qué tipo de crédito son, si son en pesos, UVR, dónde están las garantías, me dijo a nivel nacional, me dijo usted puede tener clientes para ellos, yo le dije, espéreme yo miro.*
En ese tiempo yo estaba asesorando a dos empresas grandes del sector inmobiliario, no son reconocidas, pero son grandes por sus inversiones, una es Buenas Raíces, la otra en ese tiempo… que ya cambió a Logismed, yo le dije a los socios, yo los asesoraba a ellos, yo les dije a ellos que había esa posibilidad de negocio, lo miraron y me dijeron no, no vamos en el negocio.
Después, a través de un amigo, me presentaron a Edgar García y a Sergio Trujillo*, les dije tenemos este negocio, es un buen negocio, independiente del precio de venta que tienen estipulado, porque eso sí me lo dijo el hombre, no lo bajan del 70% del capital, dan plazos para pagar, ellos fueron, revisaron, digámoslo así, sus números, miraban, yo les presenté en su momento un esquema de trabajo, después me volvieron a contactar, Edgar García directamente me contrató, nos reunimos con Sergio y con los socios de Disproyectos, sí, Edgar García… (Interpelado)*
DR. MONTOYA: *Perdón. Sergio, ¿quién?*
SR. ESPINOSA: Sergio Andrés Triguillo (Trujillo) Velázquez, que es socio de Disproyectos, que tiene el 48, Edgar Antonio García Gámez que tiene el otro 48, ellos después me contactan y vamos a hablar con los dueños de Disproyectos, *sí, porque nosotros tenemos una plata, aquí está la empresa, lo primero que yo le dije bueno, la empresa qué es, tiene que estar totalmente, discúlpeme la expresión, esta es una expresión que yo utilizo coloquialmente, tiene que estar inmaculada, tiene que estar totalmente limpia, no tiene que tener incumplimiento ni demás porque se va a contratar con el Estado, les van a hacer a todos en su momento, les dije les van a hacer a todos su revisión de Sarlaft, absolutamente todo… (Interpelado)*
(…)
DR. MONTOYA: *O sea, pero usualmente cuando uno habla de*

accionistas que tienen entre todos el 100%, pues esos son los dueños, me gustaría que me aclare eso, por eso la interrupción
SR. ESPINOSA: *Sí, doctor, le entiendo y me explico, porque esto lo que dije también al comienzo de mi intervención, vamos y hablamos con los socios de Disproyectos, les decimos, a este negocio los dos señores que eran dueños de Disproyectos, cierto, don Jaime y la señora Miriam dicen mire… (Interpelado)*
(…)
SR. MUNEVAR: *Podría darme los nombres completos*
SR. ESPINOSA: *Jaime Rodríguez Cristancho y Miriam, ella sí se me olvida el nombre, pero eso está ahí en la inicial… (Interpelado)*
(…)
SR. ESPINOSA: *Ellos eran los iniciales accionistas de Disproyectos, la señora Miriam, inclusive ella estuvo en una reunión allá, porque era cuando se estaba hablando con ellos, para que ellos también, mejor dicho,* ***la idea era, inicial era, Disproyectos con sus socios e ingresaba Sergio y Edgar a la sociedad, iban a quedar cuatro socios****, cierto, los dos iniciales más Edgar y Sergio,* ***la señora Miriam estuvo allá en una reunión, dijo, salió y habló con su esposo, le dijo el negocio se ve muy bueno, pero es un tema que de pronto no manejábamos, no le tenemos el tiempo, qué dijeron ellos, pues hagan una cosa, les vendemos la empresa, señores****.*
(…)
SR. ESPINOSA: *Ahí yo no podía intervenir porque yo todavía no iba a ser socio, yo les dije, pues miren a ver, si ellos le venden la empresa y si ustedes quieren, pues pueden hacerle, por eso en esa sociedad también, de pronto en la investigación que ustedes hicieron en su momento era limitada, cierto, se hicieron las escrituras, esa Escritura la hicieron en la Notaría 33, ahí ya cuando se vende la sociedad inicia, entonces es cuando ya, ya me habían dicho a mí por qué no participa entonces en el negocio.*
(…)
SR. ESPINOSA: *Inicialmente, Sergio no estaba aquí en Colombia, qué me dicen a mí, hombre, podemos colocar las acciones que van a ser de Sergio a nombre suyo, yo le digo sí, solo sí, yo las devuelvo de inmediato, o sea, máximo mes, mes y medio, porque yo no me voy a quedar con esas acciones, porque yo ni voy a tributar ni voy a hacer absolutamente nada con esas acciones, no me interesa, si ustedes miran la tradición de esta sociedad en la notaría, van a ver que en su momento el mayoritario era yo, yo les dije, oiga, yo soy el mayoritario y en últimas el negocio es de ustedes, yo voy es por mi participación, que últimas ustedes me van a llevar en el 4% al final, después es cuando yo ya traslado las acciones y por eso Sergio queda con el 48, Edgar con el 48 y yo con el 4.*
DR. MONTOYA: *Okey. ¿Cuál era el objeto social de Disproyectos, inicialmente?*

> ***SR. ESPINOSA:*** *No recuerdo, era una empresa más que todo el sector constructor y tenía bastante contratación con el Estado, porque eso sí lo revisamos.*
> ***DR. MONTOYA:*** *¿Usted recuerda la realización de una reforma estatutaria o algún documento?*
> ***SR. ESPINOSA:*** *Sí, se hizo una reforma estatutaria, lo pasamos a S.A.S., nosotros dijimos por qué no nos convertimos en S.A.S., el contador nos dijo es mejor pasarse a S.A.S. por X o Y motivo, pasémonos.*
> *(…)*
> ***SR. ESPINOSA:*** *Creo que fue con anterioridad a la firma del contrato, pero no recuerdo con qué anticipación fue".*

Se evidencia entonces que Germán Eduardo Manzanera Gaviria y Óscar Ricardo Cruz Sánchez tomaron interés por diversos motivos en el proceso de contratación, el que conocieron desde sus primeras fases. En desarrollo de lo anterior, en algún punto del tiempo plantearon esta posibilidad de negocio a otro promotor como lo fue el Señor Moisés Espinosa Rodríguez y en una época más cercana, cuando aparentemente se había iniciado el último intento de venta lo involucraron más decididamente en la labor de búsqueda de un oferente. Este último logró interesar a los señores Sergio Andrés Trujillo Velázquez y Edgar Antonio García Gámez y encontró en DISPROYECTOS un vehículo societario para que aquellos "*inversionistas*" pudieran participar en la operación. Al no mostrar interés los antiguos socios de DISPROYECTOS en el proceso en ciernes, se acordó la venta de su participación. La misma se perfeccionó parcialmente en forma previa a la firma del contrato, fase en la cual, el Señor Espinosa a quien se le reconocería una participación en reciprocidad de su gestión, accedió a que quedara en su cabeza de manera temporal el porcentaje que correspondía a uno de los inversionistas o nuevos socios, el señor Trujillo. Con posterioridad al contrato quedaría finalmente reflejada la participación de quienes tenían interés en la operación y usaron el referido vehículo societario y, quienes mediaron en la operación derivaron beneficios distintos: Germán Eduardo Manzanera comisiones ligadas al

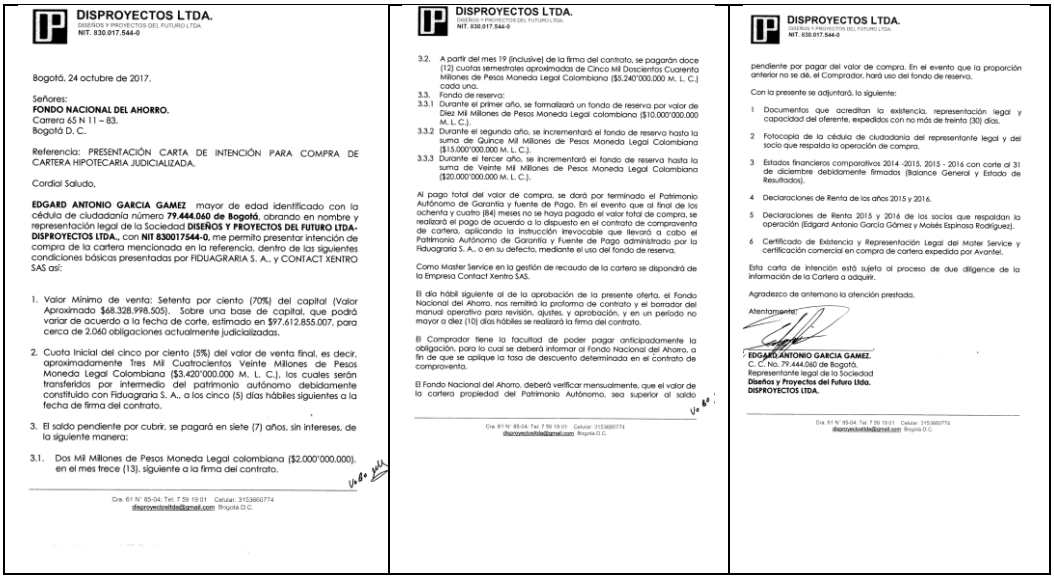
negocio fiduciario, Óscar Ricardo Cruz dijo ser designado operador del proyecto, tal parece a través Contact Cobro y Moisés recibiría una participación accionaria en DISPROYECTOS.

Lo anterior se corrobora además con las escrituras y certificados de existencia y representación legal obrantes en el proceso:

DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. DISPROYECTOS ANTES DEL 20 de OCTUBRE DE 2017				
ANTES DEL PROCESO CONTRACTUAL Y DEL INGRESO DE QUIENES TOMARON INTERÉS EN EL PROCESO, LA SOCIEDAD ERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, TENÍA COMO OBJETO LA CONSTRUCCIÓN Y SUS SOCIOS Y PARTICIPACIONES CORRESPONDÍAN A LAS SIGUIENTES: Jaime Rodríguez Cristancho: 8.000 cuotas sociales Myriam Cecilia Roncancio Vargas: 2.000 cuotas sociales				
ESCRITURA 1966 DE 20 DE OCTUBRE DE 2017.			JAIME RODRÍGUEZ CRISTANCHO CEDE 7000 CUOTAS SOCIALES: 3300 cuotas a EDGARD ANTONIO GARCIA GÁMEZ. 3700 cuotas a MOISÉS ESPINOSA RODRÍGUEZ	
ANTES DE LA EP 2211 DEL 23.11.2017			**CESIONES REALIZADAS ACTA 18 JUNTA DE SOCIOS DEL 23.11.2017 EP 2211 DEL 23.11.2017**	
SOCIOS				
NOMBRE	CUOTAS	VALOR		
JAIME RODRIGUEZ CRISTANCHO	1.000	$ 50'000.000	CEDE LA TOTALIDAD DE SUS CUOTAS A EDGAR ANTONIO GARCIA GAMEZ	
MYRIAM CECILIA RONCANCIO VARGAS	2.000	$ 100'000.000	CEDE LA TOTALIDAD DE SUS CUOTAS ASÍ: A SERGIO ANDRES TRUJILLO VELASQUEZ 1.500 CUOTAS Y A EDGAR ANTONIO GARCIA GAMEZ 500 CUOTAS	
EDGAR ANTONIO GARCIA GAMEZ (R.L.)	3.300	$ 165'000.000		
MOISES ESPINOSA RODRIGUEZ	3.700	$ 185'000.000	CEDE A SERGIO ANDRES TRUJILLO VELASQUEZ 3.300 CUOTAS	
			CUOTAS CEDIDAS	VALOR
TOTALES	10.000	$ 500'000.000	6.300	$ 315'000.000

DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S. DISPROYECTOS		
DESPUÉS DE LA EP 2211 DEL 23.11.2017		
SOCIOS	CUOTAS	VALOR
EDGAR ANTONIO GARCIA GAMEZ (R.L.)	4.800	$ 240'000.000
SERGIO ANDRES TRUJILLO VELASQUEZ	4.800	$ 240'000.000
MOISES ESPINOSA RODRIGUEZ	400	$ 20'000.000
TOTALES	10.000	$ 500'000.000

A la luz de todo lo anterior, no merece credibilidad la pretensión de que DISPROYECTOS haya estado dentro de las entidades que recibieron invitación formal a inicios del mes de septiembre de 2017 y existen indicios de que parte de los acercamientos y estructuración de la operación no se hayan adelantado por la persona jurídica sino por particulares, todo lo cual ocurrió previamente a la identificación del vehículo societario, a no ser que la propuesta se haya gestado y madurado entre el 20 de octubre y el 24 de octubre, fecha en la que se formula la presentación de la carta de intención para la compra de cartera:



DISPROYECTOS LTDA.
DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO LTDA.
NIT. 830.017.544-0

Bogotá, 24 octubre de 2017.

Señores:
FONDO NACIONAL DEL AHORRO.
Carrera 65 N 11 – 83.
Bogotá D. C.

Referencia: PRESENTACIÓN CARTA DE INTENCIÓN PARA COMPRA DE CARTERA HIPOTECARIA JUDICIALIZADA.

Cordial Saludo,

EDGARD ANTONIO GARCIA GAMEZ mayor de edad identificado con la cédula de ciudadanía número **79.444.060 de Bogotá**, obrando en nombre y representación legal de la Sociedad **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO LTDA-DISPROYECTOS LTDA.**, con **NIT 830017544-0**, me permito presentar intención de compra de la cartera mencionada en la referencia, dentro de las siguientes condiciones básicas presentadas por FIDUAGRARIA S. A., y CONTACT XENTRO SAS así:

1. Valor Mínimo de venta: Setenta por ciento (70%) del capital (Valor Aproximado $68.328.998.505). Sobre una base de capital, que podrá variar de acuerdo a la fecha de corte, estimado en $97.612.855.007, para cerca de 2.060 obligaciones actualmente judicializadas.
2. Cuota Inicial del cinco por ciento (5%) del valor de venta final, es decir, aproximadamente Tres Mil Cuatrocientos Veinte Millones de Pesos Moneda Legal Colombiana ($3.420'000.000 M. L. C.), los cuales serán transferidos por intermedio del patrimonio autónomo debidamente constituido con Fiduagraria S. A., a los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de firma del contrato.
3. El saldo pendiente por cubrir, se pagará en siete (7) años, sin intereses, de la siguiente manera:

3.1. Dos Mil Millones de Pesos Moneda Legal colombiana ($2.000'000.000), en el mes trece (13), siguiente a la firma del contrato.

Cra. 61 N° 85-04; Tel: 7 59 19 01 Celular: 3153660774
disproyectosltda@gmail.com Bogotá D.C.

DISPROYECTOS LTDA.
DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO LTDA.
NIT. 830.017.544-0

3.2. A partir del mes 19 (inclusive) de la firma del contrato, se pagarán doce (12) cuotas semestrales aproximadas de Cinco Mil Doscientos Cuarenta Millones de Pesos Moneda Legal Colombiana ($5.240'000.000 M. L. C.) cada una.
3.3. Fondo de reserva:
3.3.1 Durante el primer año, se formalizará un fondo de reserva por valor de Diez Mil Millones de Pesos Moneda Legal colombiana ($10.000'000.000 M. L. C.).
3.3.2 Durante el segundo año, se incrementará el fondo de reserva hasta la suma de Quince Mil Millones de Pesos Moneda Legal Colombiana ($15.000'000.000 M. L. C.).
3.3.3 Durante el tercer año, se incrementará el fondo de reserva hasta la suma de Veinte Mil Millones de Pesos Moneda Legal Colombiana ($20.000'000.000 M. L. C.).

Al pago total del valor de compra, se dará por terminado el Patrimonio Autónomo de Garantía y fuente de Pago. En el evento que al final de los ochenta y cuatro (84) meses no se haya pagado el valor total de compra, se realizará el pago de acuerdo a lo dispuesto en el contrato de compraventa de cartera, aplicando la instrucción irrevocable que llevará a cabo el Patrimonio Autónomo de Garantía y Fuente de Pago administrado por la Fiduagraria S. A. o en su defecto, mediante el uso del fondo de reserva.

Como Master Service en la gestión de recaudo de la cartera se dispondrá de la Empresa Contact Xentro SAS.

El día hábil siguiente al de la aprobación de la presente oferta, el Fondo Nacional del Ahorro, nos remitirá la proforma de contrato y el borrador del manual operativo para revisión, ajustes, y aprobación, y en un periodo no mayor a diez (10) días hábiles se realizará la firma del contrato.

El Comprador tiene la facultad de poder pagar anticipadamente la obligación, para lo cual se deberá informar al Fondo Nacional del Ahorro, a fin de que se aplique la tasa de descuento determinada en el contrato de compraventa.

El Fondo Nacional del Ahorro, deberá verificar mensualmente, que el valor de la cartera propiedad del Patrimonio Autónomo, sea superior al saldo

Cra. 61 N° 85-04; Tel: 7 59 19 01 Celular: 3153660774
disproyectosltda@gmail.com Bogotá D.C.

DISPROYECTOS LTDA.
DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO LTDA.
NIT. 830.017.544-0

pendiente por pagar del valor de compra. En el evento que la proporción anterior no se dé, el Comprador, hará uso del fondo de reserva.

Con la presente se adjuntará, lo siguiente:

1 Documentos que acreditan la existencia, representación legal y capacidad del oferente, expedidos con no más de treinta (30) días.
2 Fotocopia de la cédula de ciudadanía del representante legal y del socio que respalda la operación de compra.
3 Estados financieros comparativos 2014 -2015, 2015 - 2016 con corte al 31 de diciembre debidamente firmados (Balance General y Estado de Resultados).
4 Declaraciones de Renta de los años 2015 y 2016.
5 Declaraciones de Renta 2015 y 2016 de los socios que respaldan la operación (Edgard Antonio García Gómez y Moisés Espinosa Rodríguez).
6 Certificado de Existencia y Representación Legal del Mater Service y certificación comercial en compra de cartera expedida por Avantel.

Esta carta de intención está sujeta al proceso de due diligence de la información de la Cartera a adquirir.

Agradezco de antemano la atención prestada.

Atentamente:

EDGARD ANTONIO GARCIA GAMEZ.
C. C No. 79.444.060 de Bogotá.
Representante legal de la Sociedad
Diseños y Proyectos del Futuro Ltda.
DISPROYECTOS LTDA.

Cra. 61 N° 85-04; Tel: 7 59 19 01 Celular: 3153660774
disproyectosltda@gmail.com Bogotá D.C.

DISPROYECTOS, según se desprende de las declaraciones antes transcritas, en realidad fue el último posible oferente que dos de estos promotores atrajeron al proceso de venta de cartera y solo frente a uno de ellos figura que haya hecho parte del listado de invitados formalmente por el FNA a ofertar, lo que parece sugerir que paralelo a las invitaciones de venta dirigidas a grupos determinados de posibles oferentes, se mantenían acercamientos con otros terceros, lo que habría ocurrido en al menos este y otro caso.

Previamente se advirtió que el FNA había establecido unos requisitos a los proponentes para participar en el proceso de adjudicación del contrato de compraventa de cartera, por lo que, pese a la frustración de los esfuerzos previos, resulta lógico que a la luz de la objetividad e imparcialidad que deben guiar el ejercicio de la función pública, se emplearan los mismos criterios, máxime cuando la entidad requirió la correspondiente información económica del proponente:

> *"**DR. PINILLA:** Muchas gracias, doctor Moisés. Doctor Moisés, ¿durante ese tiempo de negociación y etapa precontractual pusieron de presente un documento donde se describieran las condiciones de participación establecidas por el Fondo Nacional para la venta de esa cartera?*
> ***SR. ESPINOSA:** Doctor, la verdad ahí sí, condiciones de participación en qué sentido, perdón, no me ubico.*
> ***DR. PINILLA:** Por decir si el oferente debía cumplir con unas condiciones mínimas en cuanto al patrimonio, de pronto en el caso en una sociedad, X sociedad, en cuanto al patrimonio de constitución de la sociedad y de pronto la experiencia de esa sociedad en el recaudo de cartera, ¿le pusieron de presente algún documento donde se indicará eso?*
> ***SR. ESPINOSA:** Que yo recuerde, no, de hecho, sí nos pidieron fue las hojas de vida de cada uno de nosotros, de hecho yo anexé mi hoja de vida, la anexé con mi experiencia laboral, experiencia laboral en el área de cartera, en el área de control de procesos, en el área de saneamiento inmobiliario, en el área que participé también como funcionario de notaría, en el área de estructurador de áreas de negocios de casas de cobranza, todo orientado al cobro de cartera y saneamiento de cartera, porque desde el año 97 vengo en esta labor, pero que yo me acuerde, no nos pusieron presente ningún documento. Nos pidieron que los estatutos, nos pidieron el certificado de Cámara de Comercio, las hojas de vida de nosotros, las fotocopias de la cédula, los estados financieros, la experiencia de la sociedad, todo esto se le puso y eso no fue que no lo analizaron en uno, dos o tres días, no, pasó, yo creo que alrededor de una semana, semana y media, en las cuales no teníamos razón de si sí o si no iba a ser aprobada la sociedad para eso".*

Obra efectivamente en el expediente, dentro de la documentación que acompañó el informe de la Superintendencia Financiera, la realización como

parte del proceso de contratación, de un estudio de las razones financieras de DISPROYECTOS:

fna

HOJA DE ANÁLISIS

ANALISIS FINANCIERO DISPROYECTOS

NOMBRE	DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO LTDA			NIT.	830017544-0
DIRECCION	CRA 61 85 04			CIUDAD	BOGOTA
DEPTO	CUNDINAMARCA	F.CONSTITUCION	30/04/1996	F.VENCIMIENTO	abr-51
ACT. ECONOMICA	ACTIVIDADES DE COMPRA DE CARTERA O FACTORING			CIIU	6493
REP. LEGAL	GARCÍA GAMEZ EDGAR ANTONIO			C.C.	79.444.060
AUTORIZADO		CAPITAL SUSCRITO		CAPITAL PAGADO	$ 500.000.000

ESTADO DE PYG (Valores en millones de pesos)

No. CTA	NOMBRE DE LA CUENTA	Millones de $			Analisis Vertical			Analisis Horizontal	
		2015	2016	JUN 2017	2015	2016	JUN 2017	2015-2016	2016-2017
41	INGRESOS OPERACIONALES	356	294	-	100,0%	100,0%		-17,44%	-100,00%
61	MENOS: COSTO DE VENTAS Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	280	239	-	78,5%	81,3%		-14,51%	-100,00%
UTILIDAD BRUTA		76	55	-	21,5%	18,7%		-28,15%	-100,00%
51	MENOS: GASTOS OPERACIONALES DE ADMINISTRACIÓN	-	-	-					
52	MENOS: GASTOS OPERACIONALES DE VENTAS	32	24	-	8,9%	8,3%		-22,86%	-100,00%
	GASTOS OPERACIONALES DE ADMON (SIN DEPRECIACIONES Y AMORTIZACIONES)	-	-	-					
EBITDA		45	30	-	12,6%	10,4%		-31,89%	-100,00%
5160	DEPRECIACIONES	-	-	-					
5165	AMORTIZACIONES	-	-	-					
UTILIDAD OPERACIONAL (EBIT)		45	30	-	12,6%	10,4%		-31,89%	-100,00%
5305	FINANCIEROS	0	0	-	0,0%	0,0%		-94,55%	-100,00%
	EBT o BAT	45	30	-	12,6%	10,4%		-31,89%	-100,00%
42	MAS: INGRESOS NO OPERACIONALES	-	-	-					
53	MENOS: GASTOS NO OPERACIONALES	3	1	-	0,8%	0,3%		-68,76%	-100,00%
UTILIDAD ANTES DE IMPUESTOS		42	30	-	11,8%	10,1%		-29,38%	-100,00%
54	MENOS: IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS	14	10	-	3,9%	3,3%		-29,38%	-100,00%
UTILIDAD NETA		28	20	-	7,9%	6,7%		-29,38%	-100,00%

Declaración de Renta

Concepto	2015	2016
EFECT., BCOS, INV.	$ -	$ 130
CTAS POR COBRAR	$ 457	$ 426
ACCIONES Y APORTES	$ -	$ -
INVENTARIOS	$ -	$ -
ACTIVOS FIJOS	$ 441	$ 441
OTROS ACTIVOS	$ -	$ -
PATR. BRUTO	898	997
PASIVOS	$ 23	$ 102
PATR. LIQUIDO	875	895
ING. BRUTOS OPERAC.	$ 356	$ 294
ING. NO OPERAC.	$ -	$ -
INT. Y REND. FINAN.	$ -	$ -
INGRESOS BRUTOS	356	294
DEV, REB Y DTOS	-	-
ING. NO CONST. RENTA	-	-
INGRESOS NETOS	356	294
TOTAL COSTOS	$ 279	$ 239
GTOS OPERAC. ADMON	$ 32	$ 24
GTOS OPERACI. VTAS	$ -	$ -
OTRAS DEDUCCIONES	$ 3	$ 1
RENTA LIQUIDA	42	30

BALANCE GENERAL (Valores en millones de pesos)

No. CTA	NOMBRE DE LA CUENTA	millones de $			Analisis Vertical			Analisis Horizontal	
		2015	2016	JUN 2017	2015	2016	JUN 2017	2015-2016	2016-2017
1	ACTIVOS								
1105	CAJA	-	-	-	0,0%	0,00%	0,0%		
1110	BANCOS	-	130	-	0,0%	13,09%	0,0%		-100,00%
11	DISPONIBLE	-	130	-	0,0%	13,09%	0,0%		-100,0%
1410	ANTICIPO DE IMPUESTOS	7	6	-	0,8%	0,59%	0,0%	-17,44%	-100,00%
1415	DEUDORES VARIOS	433	407	-	48,2%	40,83%	0,0%	-5,97%	-100,00%
1417	IMPUESTOS VARIOS	5	2	-	0,6%	0,17%	0,0%	-66,81%	-100,00%
1420	IMPUESTO IVA SALDO A FAVOR	12	11	-	1,3%	1,15%	0,0%	-4,95%	-100,00%
14	INVENTARIOS (CP)	457	426	-	50,9%	42,74%	0,0%	-6,79%	-100,0%
	ACTIVO CIRCULANTE	457	557	-	50,9%	55,82%	0,0%	21,75%	-100,0%
TOTAL ACTIVO CORRIENTE		457	557	-	50,9%	55,8%	0,0%	21,75%	-100,00%
13-2	DEUDORES A LARGO PLAZO	-	-	-	0,0%	0,00%	0,0%		
	PROPIEDADES PLANTA Y EQUIPO	842	842	-	93,8%	84,43%	0,0%	0,00%	-100,0%
1504	TERRENOS	441	441	-	49,1%	44,18%	0,0%	0,00%	-100,00%
1520	MAQUINARIA Y EQUIPO	80	80	-	8,9%	8,03%	0,0%	0,00%	-100,00%
1524	EQUIPO DE OFICINA	128	128	-	14,3%	12,84%	0,0%	0,00%	-100,00%
1528	EQUIPO DE COMPUTACION Y COMUNICACION	48	48	-	5,4%	4,84%	0,0%	0,00%	-100,00%
1540	FLOTA Y EQUIPO DE TRANSPORTE	92	92	-	10,2%	9,19%	0,0%	0,00%	-100,00%
1584	AJUSTES POR INFLACIÓN	53	53	-	5,9%	5,35%	0,0%	0,00%	-100,00%
1592	DEPRECIACION ACUMULADA	(401)	(401)	-	-44,7%	-40,25%	0,0%	0,00%	-100,00%
15	PROPIEDADES PLANTA Y EQUIPO	441	441	-	49,1%	44,18%	0,0%	0,00%	-100,0%
TOTAL ACTIVO NO CORRIENTE		441	441	-	49,1%	44,2%	0,0%	0,00%	-100,00%
TOTAL ACTIVOS		898	997	-	100,0%	100,0%	0,0%	11,08%	-100,00%

2015-2016

FUENTES	USOS
-	130
31	-
-	-
-	-

fna

HOJA DE ANÁLISIS

ANALISIS FINANCIERO DISPROYECTOS

NOMBRE	DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO LTDA			NIT.	830017544-0
DIRECCION	CRA 61 85 04			CIUDAD	BOGOTA
DEPTO	CUNDINAMARCA	F.CONSTITUCION	30/04/1996	F.VENCIMIENTO	abr-51
ACT. ECONOMICA	ACTIVIDADES DE COMPRA DE CARTERA O FACTORING			CIIU	6493
REP. LEGAL	GARCÍA GAMEZ EDGAR ANTONIO			C.C.	79.444.060
AUTORIZADO		CAPITAL SUSCRITO		CAPITAL PAGADO	$ 500.000.000

	PASIVOS									
2610-1	PARA OBLIGACIONES LABORALES (CP)	2	2	-	0,2%	0,17%	0,0%	-20,37%	-100,00%	
26-1	PASIVOS ESTIMAD. Y PROVIS. (CP)	2	2	-	0,2%	0,17%	0,0%	-20,37%	-100,0%	- 0
2720-1	IMPUESTO CREE POR PAGAR	3	2	-	0,4%	0,24%	0,0%	-29,38%	-100,00%	
2725-1	IMPUESTO DE RENTA POR PAGAR	17	7	-	1,9%	0,74%	0,0%	-56,68%	-100,00%	
27-1	DIFERIDOS (CP)	20	10	-	2,3%	0,98%	0,0%	-52,20%	-100,0%	- 11
TOTAL PASIVO CORRIENTE		23	11	-	2,5%	1,2%	0,0%	-49,15%	-100,00%	
23-2	OBLIGACIONES FINANCIERAS (LP)	-	-	-	0,0%	0,00%	0,0%			- -
2495-2	OTROS (LP)	-	91	-	0,0%	9,10%	0,0%		-100,00%	
24-2	IMPUESTOS GRAVÁMENES Y TASAS (LP)	-	91	-	0,0%	9,10%	0,0%		-100,0%	91 -
28-2	OTROS PASIVOS (LP)	-	-	-	0,0%	0,00%	0,0%			- -
TOTAL PASIVO NO CORRIENTE		-	91	-	0,0%	9,1%	0,0%		-100,00%	
TOTAL PASIVO		23	102	-	2,5%	10,2%	0,0%	352,79%	-100,00%	

No. CTA	NOMBRE DE LA CUENTA	millones de $			Analisis Vertical			Analisis Horizontal		2015-2016	
		2015	2016	JUN 2017	2015	2016	JUN 2017	2015-2016	2016-2017	FUENTES	USOS
3105	CAPITAL SUSCRITO Y PAGADO	500	500	-	55,7%	50,14%	0,0%	0,00%	-100,00%		
31	CAPITAL SOCIAL	500	500	-	55,7%	50,14%	0,0%	0,00%	-100,0%	-	-
32	SUPERÁVIT DE CAPITAL	-	-	-	0,0%	0,00%	0,0%			-	-
3305	RESERVAS OBLIGATORIAS	89	92	-	9,9%	9,18%	0,0%	3,16%	-100,00%		
33	RESERVAS	89	92	-	9,9%	9,18%	0,0%	3,16%	-100,0%	3	-
34	REVALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO	-	-	-	0,0%	0,00%	0,0%			-	-
35	DIVIDEN. O PARTC. DECRET. EN ACC.O CUOTAS	-	-	-	0,0%	0,00%	0,0%			-	-
3605	UTILIDAD DEL EJERCICIO	28	20	-	3,1%	1,99%	0,0%	-29,38%	-100,00%		
36	RESULTADOS DEL EJERCICIO	28	20	-	3,1%	1,99%	0,0%	-29,38%	-100,0%	-	8
3705	UTILIDADES ACUMULADAS	258	284	-	28,8%	28,44%	0,0%	9,77%	-100,00%		
37	RESULTADOS DE EJERCICIOS ANTERIORES	258	284	-	28,8%	28,44%	0,0%	9,77%	-100,0%	25	-
38	SUPERÁVIT POR VALORIZACIONES	-	-	-	0,0%	0,00%	0,0%			-	-
TOTAL PATRIMONIO		875	895	-	97,5%	89,8%	0,0%	2,26%	-100,00%		
TOTAL PASIVO + PATRIMONIO		898	997	-	100,0%	100,0%	0,0%	11,08%	-100,00%	150	150

INDICADORES

RENTABILIDAD/OPERACIÓN/ACTIVIDAD	2015	2016	JUN 2017
RATIOS DE CUENTA DE RESULTADOS			
- ROS (Beneficio Neto/Vtas)	7,9%	6,7%	
- ROE (Beneficio Neto/Patrimonio)	3,2%	2,2%	
- ROA (Ebit/Activo Total)	5,0%	3,1%	
- CFO (Beneficio Neto + Amortización)	28	20	-
EXTRAGTO BALANCE OPERATIVO			
- NOF (Clientes+Inventarios-Proveedores-Otros Pasivos Expontaneos)	457	557	-
- FM	87	170	-
- Caja excedente	(370)	(387)	-
INDICES DE ACTIVIDAD			
- Rotación Cartera (CXC/Vtas * 360)	-	-	
- Rotación de Inventarios (Inv./Cto Vtas * 360)	220,0867	201,853	
- Rotación Proveedores (CXP/Cto Vtas * 360)	-	-	
- Rotación Activo (Vtas Netas/ Activo Total)	0,4	0,3	
- NOF/Ventas en %	128%	189%	

LIQUIDEZ/ENDEUDAMIENTO/COBERTURA	2015	2016	JUN 2017
INDICES DE LIQUIDEZ			
- Capital de Trabajo (Activo Cte - Pasivo Cte)	435	545	-
- Razon Corriente (Activo Cte/Pasivo Cte)	20,3	48,5	
- Prueba Acida ((Activo Cte-Inv)/Pasivo Cte)	-	11,4	
INDICES DE ENDEUDAMIENTO			
- Nivel de Endeudamiento (Pasivo/Activo)	2,5%	10,2%	
- Nivel de Endeudamiento sin Utilidades (1-(Patrimonio-Utilidades)/Total Activos)	5,6%	12,2%	
- Apalancamiento (Pasivo Total/Patrimonio)	0,03	0,11	
- Apalancamiento sin utilidades y valorizaciones (Pasivo Total/ (Capital + Reservas))	0,0	0,2	
- Deuda/EBITDA	1	3	
- Cobertura de Intereses (EBIT/Intereses)	11.616,0	145.036,2	
- Ventas/Pasivos Corrientes	15,8	25,6	
- Ventas/(Proveedores+Ob.Fin.CP)			
- Concentración Pasivo Corto Plazo (Pasivo Corriente/Pasivo Total)	100,0%	11,2%	
- EBITDA/Ventas	12,6%	10,4%	

APRECIACION FINANCIERA Y DE LA OPERACIÓN

* Se destaca el nivel de margen neto de los periodos analizados (7,98%/15; 6,7%/16)
* Mantiene altos niveles de Utilidades Acululadas en los años objeto de estudio.
* Las Razones de liquidez se encuentran en una dinámica positiva y en altos niveles (Razón Corriente 20,3%/15; 48,5%/16)
* Empresa con muy bajos niveles de endeudamiento (2,5%/15; 10,2%/16). Pasivos a corto plazo.
* Las cifras presentadas concuerdan con las consignadas en las respectivas declaraciones de renta.
* Vigencia de la entidad hasta el año 2051, constituida desde el año 1996.

Revisó:

Firma:

Se recuerda que la matriz de análisis del FNA exigía que se cumpliera con 4 de 6 de los resultados mínimos o máximos de los siguientes indicadores:

INDICADORES FINANCIEROS REQUERIDOS			
NOMBRE	**DEFINICIÓN**	**RELACIÓN REQUERIDA**	**VALOR**
ROE	Utilidad Neta / Patrimonio	≥	5,00%
RAZON CORRIENTE	Activo Corriente / Pasivo Corriente	≥	1,0
RAZON DE ENDEUDAMIENTO	Pasivo Total / Activo Total	≤	70%

RAZON DE COBERTURA DE INTERESES	Utilidad Operacional / Gastos Financieros	≥	1,5
CAPITAL DE TRABAJO	Activo Corriente – Pasivo Corriente	≥ al 3% del valor del Presupuesto	$ 2.220'000.000
PATRIMONIO	Activo Total – Pasivo Total	≥ al 5% del valor del Presupuesto	$ 3.700'000.000
VALOR APROXIMADO:			$ 74.000'000.000

Basta una simple confrontación con la información financiera suministrada por DISPROYECTOS, los certificados de cámara de comercio y las escrituras en donde consta el capital y las capitalizaciones, para advertir que de entrada no cumplía con los requerimientos de capital de trabajo y patrimonio.

Así mismo, como ha quedado patente en las declaraciones, consta que los socios tuvieron que salir a buscar los recursos para sufragar el pago inicial previsto en el contrato.

Con independencia de que la sociedad para su tamaño presentara formalmente índices financieros saludables, la evaluación financiera no podía consistir simplemente en un ejercicio teórico y formal al margen del contrato y la finalidad del estudio.

La razón de ser de la evaluación financiera no podía ser otra que constatar el perfil del riesgo de la contraparte de la entidad estatal en una venta a plazos, esto es, de verificar la capacidad de pago, cumplimiento y liquidez de DISPROYECTOS de cara a las obligaciones del contrato, no solo por razones del manejo prudencial del riesgo de crédito que deben prevenir las entidades vigiladas, sino además desde la óptica de la protección del patrimonio público.

En este contexto, en el que se entregarían bienes por un valor cercano al definido en la misma matriz financiera de 74.000 millones, varias decenas de veces su patrimonio y que de entrada no cumplía siquiera con el patrimonio mínimo allí definido, ni con el capital de trabajo, resulta sorprendente a este Tribunal que el estudio cuantitativo, se haya acompañado de conclusiones de carácter cualitativo enderezadas a avalar la operación:

> "***APRECIACIÓN FINANCIERA DE LA OPERACIÓN.***
> - *Se destaca el nivel de margen neto de los períodos analizados (7.98%/15, 6,7%/16.*
> - *Mantiene altos niveles de Utilidades Acumuladas en los años de estudio.*
> - *Las razones de liquidez se encuentran en una dinámica positiva y en altos niveles (Razón corriente 20.3%/15, 48,5%/16)*
> - *Empresa con muy bajos niveles de endeudamiento (2,5%/15, 10,2%/16). Pasivos a corto plazo.*
> - *Las cifras presentadas concuerdan con las consignadas en las respectivas declaraciones de renta.*
> - *Vigencia de la sociedad hasta el año 2051, constituida desde 1996".*

El estudio económico del negocio como tal está elaborado sobre el mismo modelo con el que se inició el proceso de venta y fue reseñado con anterioridad y pese a que las condiciones del contrato suscrito se alejaron de una manera sustancial o relevante de las proyectadas al inicio del proceso, los funcionarios del FNA mantienen las mismas conclusiones, que al compararlas entre sí muestran claramente hasta qué punto el FNA abdicó de su visión original del negocio, la que incluso, no se ajustaba a los cánones del SARC 34 que era el vigente en la etapa precontractual y que, en opinión del Tribunal, mejor se alineaba con la regla expresamente prevista para la reestructuración de créditos por parte de entidades financieras del Estado.

Señala el estudio en cuestión que, según se deduce de un correo electrónico obrante en el expediente, se solicitó "formalizar" ya habiendo sido suscrito el

contrato:

> *"La base de cartera objeto de evaluación consta de un total de 2.087 créditos judicializados, con corte a 19 de noviernbre de 2017, correspondientes prlncipalmente a las cosechas de los años 2010 (9,0%), 2011 (2,0%), 2012 (16,1%), 2013 (17,9%) y 2014 (9,2%). De esta base, el 21,5% de los créditos están calificados en D, mientras que el restante 78,5% corresponden a calificacion E. El saldo total de capital de los créditos objeto de venta es de $97.765 mlllones, con un valor provislonado de $43.904 millones, lo cual, genera un saldo neto en libros de $53.861 millones".*

De acuerdo con el estudio, la cartera D a noviembre de 2017 arrojaba un saldo de capital de $18.470.225.520, provisiones en $3.709.083.355, para un saldo neto de $14.761.142.166. La cartera E, por su parte, presentaba un saldo de capital de $79.294.781.089, provisiones por $40.195.302.505, siendo su saldo neto $39.099.478.584. Así las cosas, producto de la adición de las cosechas 2010 y 2014 y la dinámica de la cartera a lo largo del año 2017, a través del contrato se comprometió una cartera cuyo saldo de capital era de $97.765.006.609, la cual estaba provisionada en $43.904.385.859 y su saldo neto era de $53.860.620.750.

Al inicio del proceso, como ya se señaló atrás, pero conviene recrearlo, las cosechas objeto de venta se referían a los años 2011, 2012 y 2013, no se incluían, como acaba de señalarse, el año 2010, ni el año 2014 y, para entonces, el saldo en libros era mayor:

> *"La base de cartera objeto de evaluación consta de un total de 2.732 créditos judicializados que corresponden principalmente a cosechas de los años 2011, 2012 y 2013. Del total de los créditos objeto de venta, 1.924 (70,4%) están calificados en E y 808 (29,6%) están calificados en D; estas calificaciones tienen corte de enero 31 de 2017. El saldo total de capital de los créditos objeto de venta es de $110.939 millones, con un valor provisionado de $36.756 millones, lo cual arroja un saldo neto en libros*

con corte a 31 de enero de 2017 de $74.183 millones".

En dicha oportunidad, el perfil de las cifras era el siguiente:

CALIFICACIÓN	SALDO K	% PARTIC	VALOR PROV	SALDO NETO	No. CREDITOS
D	$28.553.535.654	26%	$ 5.710.707.131	$22.842.828.523	30,79%
E	$82.386.042.893	74%	$31.045.329.466	$51.340.713.427	69%
Total general	**$110.939.578.547**	**100,00%**	**$36.756.036.597**	**$74.183.541.950**	**100,00%**

Guardadas las similitudes y diferencias entre una y otra situación, no deja de sorprender al Tribunal el paralelo existente en las conclusiones de uno y otro estudio:

CONCLUSIONES DEL ESTUDIO AL INICIO DEL PROCESO CONTRACTUAL	**CONCLUSIONES DEL ESTUDIO DE JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO**
Conclusiones *Después de realizar este ejercicio de valoración se concluye que el Fondo Nacional del Ahorro, si mantuviera esta cartera hasta terminar su ciclo de recuperación, obtendría un monto nominal de $64.264 millones, en condiciones normales de mercado y en un tiempo de hasta 14 años teniendo en cuenta el plazo restante de la cartera que se normalizaría.* *La operación de venta de cartera propuesta contempla un plazo del patrimonio autónomo de 5 años, como lo informó el área de riesgos de la entidad, lo cual optimiza el tiempo de recuperación frente a los 14 años mencionados en el inciso anterior.*	***Conclusiones*** *Después de realizar este ejercicio de valoración se concluye que el Fondo Nacional del Ahorro, si mantuviera esta cartera hasta terminar su ciclo de recuperación, obtendría un monto nominal de $53.699 millones, en condiciones normales de mercado y en un tiempo de hasta 14 años teniendo en cuenta el plazo restante de la cartera que se normalizaría.* *La operación de venta de cartera propuesta contempla un plazo del patrimonio autónomo de 7 años, como lo informó el área de riesgos de la entidad, lo cual optimiza el tiempo de recuperación frente a los 15 años mencionados en el inciso anterior.* *A pesar de que la base con la que se modeló financieramente*

	esta propuesta, se actualiza cada mes, se puede concluir que los valores no cambian drásticamente y que en promedio, se esperaría que el valor nominal total del flujo oscile alrededor del 55% y 60% sobre el saldo bruto de la cartera, mientras que el precio de la venta es del 70% lo que genera un beneficio económico para el FNA.
Se recomienda un pago inicial mínimo del 15% sobre el valor en libros de la cartera objeto de venta, porcentaje que se calculó teniendo en cuenta la diferencia entre el valor presente neto de los flujos obtenidos comparado contra en valor presente neto de estos mismos flujos con un castigo del 20%	
La venta de cartera le permitiría a la entidad contar con un flujo inicial desde el momento que inicie la operación, mientras que en su gestión interna tardaría cerca de 2 años en recuperar este monto, de acuerdo con la simulación.	*La venta de cartera le permitiría a la entidad contar con un flujo inicial (pago inicial del 5% sobre el precio de venta) desde el momento que inicie la operación, mientras que en su gestión interna tardaría cerca de 1 año en recuperar este monto, de acuerdo con la simulación.*
El porcentaje máximo de sustitución que se sugiere de acuerdo a las políticas establecidas por el área de riesgos y al resultado del valor de recuperación de la cartera objeto de venta, es del 10%.	
En todo caso, la recomendación de la Vicepresidencia Financiera de la entidad es que el Fondo Nacional del Ahorro debe asegurar dentro de los términos de la negociación, un valor de recuperación en la venta que como mínimo garantice la recuperación del valor nominal	*En todo caso, la recomendación de la Vicepresidencia Financiera de la entidad es que el Fondo Nacional del Ahorro debe asegurar dentro de los términos de la negociación, un valor de recuperación en la venta que como mínimo garantice la recuperación del valor nominal obtenido en el presente ejercicio*

obtenido en el presente ejercicio financiero.	*financiero.*

Nota el Tribunal que cuando el FNA inició el último proceso de venta, en el mes de septiembre de 2017, estaba vigente el SARC 34 y que a su luz no era posible establecer las condiciones de venta con el piso que se mantuvo a lo largo de todos los procesos o intentos de venta ulteriores.

En efecto, la versión 34 del manual SARC fue aprobada en la sesión de la Junta Directiva N.° 873 del 22 de junio de 2017 y en su Numeral 5.1.20.4.5. la Política de Venta Derechos de Crédito o Derechos Litigiosos establecía que:

- *"La cesión de los derechos de crédito puede aplicarse a cualquier tipo de Cartera.*
- *La etapa base del proceso es el Mandamiento de Pago.*
- *La cesión puede aplicarse en cualquier etapa del proceso y* ***únicamente para créditos en calificación E****.*
- *El comprador de los derechos debe cumplir con SARLAFT, Aplicar listas restrictivas.*
- ***Cuando el valor del avalúo comercial es igual o menor al saldo total, el valor del pago deberá ser por el saldo en libros****.*
- ***Cuando el valor del avalúo comercial es mayor al saldo total, el valor del pago deberá ser por el saldo contable (k + seg + ic).***
- *La oferta será aprobada por el comité de Cobranzas, único ente que podrá tomar este tipo de decisiones".*

De acuerdo con el estudio que se "formalizó" en fecha posterior a la celebración del contrato, el valor de los avalúos comerciales de los bienes era de $224.991 millones de pesos, por lo que de haberse aplicado la política del SARC, las invitaciones que se cursaron no han podido tener un precio base inferior al saldo contable, cosa que no sucedió. Además, tampoco podían incluirse créditos con una calificación distinta a la E.

Es en el curso de este último esfuerzo de venta que la administración de la entidad promueve dos modificaciones al SARC que varían la anterior situación.

Una primera, la versión 35, abolió toda mención a los límites de precio de la venta de derechos de crédito o litigiosos pero, mantuvo la limitación respecto a su venta a los créditos en calificación E:

> *"11.6.3.3. Venta de derechos de Crédito o Derechos Litigiosos:*
>
> *La venta de derechos litigiosos es una herramienta de recuperación de cartera en donde un tercero hace una oferta económica (en dinero) al FNA por un proceso jurídico que la entidad adelanta en contra de uno de los deudores.*
> *Así las cosas, debe cumplir como mínimo con las siguientes condiciones:*
>
> - *La cesión de los derechos de crédito puede aplicarse a cualquier tipo de cartera.*
> - *La etapa base del proceso es el Mandamiento de Pago.*
> - *La cesión puede aplicarse en cualquier etapa del proceso y* ***únicamente para créditos en calificación E****.*
> - *El comprador de los derechos debe cumplir con SARLAFT y aplicar listas restrictivas.*
> - *La oferta será aprobada por el comité de Cobranzas, único ente que podrá tomar este tipo de decisiones".*

Como se observa, en la versión 35 no se hace mención de ningún tipo a las condiciones o mínimos del precio de venta de la cartera, lo que en principio daba plena libertad al FNA para definir el precio que mejor considerara. A pesar de la importancia y trascendencia de este cambio en las políticas de venta, el mismo no fue informado expresamente a la Junta Directiva en el momento en que se sometió a su consideración la aprobación de la modificación a la versión 34, como así lo demuestra el acta correspondiente y sus anexos, que obran como prueba en el expediente.

Una segunda modificación sobre la marcha corresponde a la versión 36 del SARC, en la que se incluyen trascendentes modificaciones respecto al mismo Manual, en sus versiones 34 y 35, a saber:

(1) Eliminó la restricción relacionada con venta de derechos litigiosos sobre créditos calificados en "D", lo cual implicaba la remoción del último obstáculo que desde el SARC se pudiera oponer a la cesión de créditos realizada en favor de DISPROYECTOS sobre este grupo de créditos objeto de la venta.

(2) No revivió la regla establecida en el Manual SARC versión 34 y suprimida por el SARC 35, consistente en comparar el valor comercial de la cartera frente al saldo en libros para determinar el precio de venta.

(3) El Manual SARC en su versión 36 introduce otro criterio para determinar el valor de la compraventa de derechos litigiosos, cual es diferenciar entre la venta masiva o la venta individual de créditos, para en el primer caso disponer que la venta se realizaría por el saldo de capital menos las provisiones constituidas y para el segundo, o sea para la venta de créditos individuales, que habría de hacerse por el valor en libros, o saldo de capital.

Esta última disposición tiene una trascendencia fundamental en el contrato de compraventa celebrado entre FNA y DISPROYECTOS, toda vez que siendo el valor comercial o monto de las garantías $ 224.000 MM, superior al saldo en libros de los créditos por $ 97.000 MM, la aplicación estricta de lo que establecía la versión 34 habría exigido aplicar el "saldo contable" que de acuerdo con los términos del dictamen pericial aportado por el FNA arrojaba un valor de $ 148.000 MM; en cambio, si se aplicaba la versión 36 del Manual

SARC, se trataría de una venta masiva de créditos litigiosos, en el que el valor de la operación no podría ser inferior al saldo de capital, $ 97.000 MM menos provisiones, $ 43.900 MM, o sea no podría ser menor a $ 53.100 MM. Lo paradójico del asunto radica en que, a la luz de la versión 36 del SARC, la venta a Disproyectos se habría realizado por un valor superior al que arrojaba la aplicación de dicha versión, es decir, una aparente gestión más favorable a los intereses de la entidad, asunto que para el Tribunal es un contrasentido dadas las consideraciones que se han efectuado líneas atrás.

Se advierte que las dos últimas versiones del SARC promovidas en un plazo de tiempo estrecho, contribuyeron a allanar la posibilidad de realizar el negocio en las condiciones que se habían proyectado de tiempo atrás y, que en su momento, estaban en contra de las políticas vertidas en el propio SARC de la entidad, que era el SARC 34, mucho más acorde con los criterios definidos en el mandato previsto para las entidades financieras del Estado en la ley orgánica que se ha expuesto en otro aparte de este laudo.

Se considera, además, en esta misma línea, que aún de acogerse la posición del Consejo de Estado en la providencia sobre el ICETEX, ya citada, que permitió quitas al capital pese a que la ley orgánica no lo autoriza, se estaba muy lejos de la situación extrema prevista por el juez administrativo, pues en este caso, más allá de la calificación contable de la deuda que obedece a razones de prudencia, mucho mayor en un mercado regulado como el financiero, se trata de una cartera judicializada, en muchos casos con mandamientos ejecutivos y con garantías que sobrepasaban en más del doble el valor de las obligaciones.

De las actas y acuerdos allegados a este expediente en virtud de prueba

oficiosa dictada por este Tribunal, se ha encontrado que la administración promovió estos cambios sin ilustrar específicamente a la Junta Directiva sobre sus alcances o su incidencia en el proceso contractual en curso, lo cual dada su importancia e impacto en ese proceso de contratación, requería explicaciones claras y expresas en virtud del principio de transparencia.

El Tribunal considera que las dos últimas modificaciones del SARC en el punto relativo a la venta de derechos de crédito y derechos litigiosos no respondieron a razones objetivas, pues ni en las actas de junta directiva, ni en sus anexos, se observa un sustento de tal tipo, y por el contrario la ausencia de una sustentación clara, detallada y fundamentada en razones de orden jurídico o financiero, es notoria. Dado el trámite de negociación que estaba en curso, resulta razonable concluir que estas modificaciones en su conjunto removieron obstáculos que gravitaban sobre la venta proyectada y lo hicieron en el sentido de rebajar exigencias y condiciones que no solo protegían los intereses de la entidad como entidad financiera, sino además estaban alineados con la protección del patrimonio público.

De las declaraciones de quien a la sazón era Vicepresidente de Riesgos, se tiene que existía un afán de la administración en mejorar los indicadores de la entidad:

> ***"SRA. ROJAS:*** *Yo ingreso al encargo el 16 de mayo del año 2017, el Fondo Nacional del Ahorro, tenía un proyecto con el fin de mejorar el indicador de cartera vencida y la cobranza administrativa y jurídica de la entidad se encuentra en la vicepresidencia de riesgo en uno de sus grupos, en el grupo de cobranzas. Allí se maneja lo que es el seguimiento de la cartera, el seguimiento de los procesos jurídicos y se coordinan todos los mecanismos de recuperación.*
>
> *Entonces, al entrar yo a ese encargo conozco del proyecto de venta de cartera judicializada y entré a coordinar un poco lo que es la base*

de datos, la pertinencia del mecanismo de recuperación, como era una venta derechos litigiosos, el impacto del indicador de calidad de la cartera respecto a esta venta de cartera judicializada, entonces, conozco dado mi rol de vicepresidente de riesgos encargado, y dado que, bajo esta área estaba todo el seguimiento de la recuperación de la cartera, de los mecanismos de recuperación. Cuál era la otra parte de la pregunta? Y después la ejecución.

DR. ARIZA: *Exactamente usted qué rol tuvo ahí, usted dio algún visto bueno, qué evaluaciones hizo usted en esa etapa precontractual?*

SRA. ROJAS: *Lo inicial era evaluar que, efectivamente, activar un mecanismo de venta de cartera judicializada, contribuía a la planeación de disminuir el impacto negativo que tenía la cartera del Fondo Nacional del Ahorro, donde se evaluó que efectivamente vender una cartera que se encontraba deteriorada y judicializada disminuía en unos puntos porcentuales, digamos, estamos hablando de 170 puntos, 200 puntos de acuerdo a la cartera que se vendería, la disminución de este indicador, representando mejores resultados para la entidad.*

Entonces, esta evaluación se efectuó qué cartera era susceptible de vender, que la cartera estuviera judicializada y con un mandamiento de pago. Entonces, bajo estas revisiones se dieron, digamos, los vistos buenos o los avales para continuar con ese proceso y seguimiento de la venta de cartera de derechos jurídicos".

Pudiere ser que el afán de mejorar los indicadores financieros de la entidad haya llevado a sus administradores a mantener una mirada ciclópea que les cegó frente a la necesidad de proteger otros intereses igualmente inmersos en su función, como es la órbita fiscal o que erróneamente se haya dado prevalencia a la gestión financiera sobre la fiscal.

El Tribunal por todo lo anterior ha llegado a la firme convicción de que el contrato se celebró con violación de las normas imperativas en las que debía fundarse y que la administración maniobró en el sentido remover cargas y condiciones de la operación en contravía de los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y la regla que impide al Estado efectuar auxilios o donaciones en favor de particulares y a las entidades financieras del Estado

hacer quitas a sumas distintas a los intereses en los procesos de reestructuración de obligaciones.

Adicionalmente, se observa que las reglas de venta previstas en el SARC -en lo que no hay diferencia entre sus versiones 34, 35 y 36- no previeron reglas sobre plazos ni intereses.

Al obligarse el FNA a enajenar la cartera en las condiciones señaladas, con plazos e interés de cero, actuó en contravía de la protección del patrimonio de la entidad, pues además de las quitas de capital, el Fondo no tendría retribución alguna por la pérdida de valor del dinero en el tiempo.

Ahora bien, debe ponerse de presente en lo que se refiere a la validez del contrato por falta de autorización previa por parte de la Junta Directiva, lo que alega el fondo, y es apoyado por el Ministerio Público como causal de nulidad, que el artículo 74 de EOSF dispone la personaría del representante legal para todos los efectos y consagra la presunción de que actúa con plenos poderes y autorizaciones, fijando como consecuencia de las actividades por fuera de este marco la responsabilidad del funcionario. El material probatorio evidencia además que la Junta Directiva del FNA no repudió la celebración del contrato tan pronto tuvo conocimiento y que incluso felicitó a la administración, a lo que se suma el hecho de que en las notas a los estados financieros se incluyó una revelación acerca de su realización y condiciones, por lo que dicha Junta permitió su ejecución sin salvedades de ningún tipo.

Bajo esta perspectiva, sobre la base de la sujeción de la entidad al derecho privado, no es concluyente una nulidad basada en la omisión de la autorización de la Junta. No es menos relevante que para el caso particular

del Fondo, existen circunstancias que ofrecen poca claridad acerca de si la Junta debía o no autorizar esta operación: (i) la propia Junta Directiva plasmó en el manual SARC -asunto que tampoco tuvo variaciones entre las versiones 34, 35 y 36- una delegación para que fuera un comité el que aceptara las ofertas de compra de derechos de crédito y derechos litigiosos, sin someter esa delegación a condiciones o requisitos de ningún tipo; (ii) el reglamento de la junta directiva, que es un documento de estirpe y aplicación eminentemente interno, no puede equipararse a los estatutos de la entidad, pues no fue objeto de autorización por parte del gobierno nacional; tampoco es objeto de publicidad para que sea oponible a terceros ni es una norma de carácter imperativo para personas diferentes a los funcionarios del Fondo. Por tal razón, su incumplimiento tiene efectos internos, e incluso puede acarrear sanciones de la Superintendencia Financiera, pero no comporta la nulidad de los contratos que desconozcan las previsiones establecidas en dicho reglamento.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que la pretensión de nulidad del contrato por falta de autorización de la Junta Directiva no se encuentra plenamente probada y por tanto no es procedente. En ese sentido, no accederá a las pretensiones de nulidad contenidas en la demanda principal y sus consecuenciales.

A pesar de lo anterior, de manera oficiosa se declarará la nulidad del contrato por razones distintas que comportan tanto objeto como causa ilícita, y que se resumen a continuación con base en todo lo expuesto en precedencia:

(i) Existe objeto ilícito, en cuanto se adelantó una operación contraria al criterio de gestión fiscal que violó el artículo 25 de la ley 819 de 2003 y el artículo

355 de la Constitución Política; (ii) así mismo, las condiciones económicas de la operación, así como las características que rodearon el proceso de escogencia de DISPROYECTOS entrañan una violación del artículo 13 de la ley 1150 de 2007 y consiguientemente de los principios de la función pública y la gestión fiscal; (iii) existe causa ilícita, dadas las diversas modificaciones al SARC que hicieron menos rigurosas las condiciones de venta, así como también las diversas opiniones y trámites tendientes a justificar la venta a plazo sin intereses, y el desconocimiento de las condiciones objetivas de DISPROYECTOS para que pudiera firmar el contrato; (vi) la celebración del contrato fue precedida de la promoción de cambios y decisiones que implicaron la progresiva rebaja o relajación en las condiciones que se encontraban establecidas para el momento en que se dio inicio a la invitación a interesados en la compra de cartera en el mes de abril de 2017, generando una desprotección del patrimonio público, lo que afecta la legalidad del contrato en cuanto a su causa.

Por lo anterior, se abre paso la nulidad absoluta del contrato por objeto y causa ilícitas y en las anteriores condiciones se hace necesario disponer sobre las restituciones mutuas.

Se sigue de lo anterior que, invalidándose el contrato, no hay lugar a que el Tribunal proceda al estudio de las pretensiones subsidiarias de la demanda principal ni de las pretensiones de la demanda de reconvención.

4.9. <u>Restituciones mutuas</u>

Advertida de oficio la nulidad absoluta del contrato de compraventa de cartera celebrado entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y DISPROYECTOS

SAS, procede el Tribunal a ocuparse del tema relacionado con las restituciones mutuas.

La nulidad absoluta del contrato es una sanción legal que expulsa el acuerdo de voluntades del mundo jurídico, al punto de considerarse que no existió legalmente; como consecuencia, el juez del contrato debe obligar a las partes a restituir las cosas al estado anterior, en los términos del código civil, el cual dispone:

> "*ARTICULO 1746. <EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD>. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*".
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo*"[127].

En el presente caso, si bien la declaración de nulidad absoluta constituyó una pretensión específica de la demanda y fue apoyada por la Procuradora Delegada al emitir su concepto en la vista fiscal, el Tribunal la declaró de oficio con apoyo en razones distintas, pero que aparecen de manifiesto en las pruebas del proceso, el cual se ha ventilado con la comparecencia y derecho de contradicción de las partes del contrato, de manera que puede y debe decretarse en el laudo, aún de oficio o con estimaciones distintas de las argumentadas en la demanda, como lo establece el código civil[128].

[127] El artículo 1747 se refiere a la restitución por nulidad de contratos con incapaces.
[128] ARTÍCULO 1742. <OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA>. <Artículo subrogado

El primer aspecto para considerar en las restituciones tiene que ver, precisamente, con el objeto y la causa ilícita que da lugar a la nulidad absoluta del contrato, dada la mención que de ello hace la parte final del inciso primero del artículo 1746 del Código Civil. De acuerdo con este precepto, procede la restitución al mismo estado en que las partes se encontraban antes de celebrarse el contrato declarado nulo, pero "*sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto y causa ilícita*".

Esta última previsión alude a lo establecido en el artículo 1525 del mismo código, según el cual "*No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a* ***sabiendas***". (Se resalta)

La Corte Suprema de Justicia, al referirse al elemento "*a sabiendas*", ha señalado los casos en que no procedan las restituciones[129], razonamiento que se cita en extenso dada su importancia para el caso que ocupa la atención del Tribunal:

> *"De donde emana que si bien las partes están legitimadas para alegar ese defecto de validez, no pueden tener derecho a los restablecimientos anejos, cuando el mismo emana de un objeto o causa ilícita que ellas conocieron, porque la restricción dispuesta en aquel (art. 1525) al no permitir que pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilegales, como ha dicho la Corte, es de un gran contenido ético fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo[130]. El orden jurídico impide ir en contravía de la regla moral de las obligaciones que*

por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente:> La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

[129] Sentencia SC13097-2017 del 28 de agosto de 2017. MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalve

[130] Casación civil de 22 de enero de 1971, GJ. 2340, p. 50.

> *desde los romanos enseña que la justicia se niega a dar protección cuando quien la requiere no llega hasta ella con las manos limpias (nemo creditur turpitudinem suam allegans[131]).*
>
> *De ahí que si una persona de manera consciente interviene o participa, directa o indirectamente, en la formación de un acto con objeto o causa ilícitos, debe negársele protección, o cuando menos las prestaciones que ejecutó o dio en tal cometido.*
>
> *Pero desde luego que restricción de ese linaje no se aplica de manera mecánica, puesto que el precepto 1525 requiere una especie de atribución participativa en el acto o contrato afectado por objeto o causa ilícitos, al agregar que sea «a sabiendas», vale decir, de modo cierto, con pleno o inequívoco conocimiento de los contratantes, porque tuvo ocasión de precisarlo esta Corte, tal expresión, entendida en su sentido natural y obvio (art. 28 del C.C.), que debe ser el de la lengua española, significa «de modo cierto, a ciencia cierta», y que, por consiguiente, «se requiere un conocimiento objetivo o un conocimiento-realidad frente a determinado hecho»*"[132].

De suerte que si las partes o alguna de ellas con pleno e inequívoco conocimiento sabía que el contrato adolecía de objeto o causa ilícita y aun de esta forma decidió celebrarlo, pierde el derecho a la restitución que en principio se derivaba de la nulidad absoluta del contrato. El respeto al debido proceso impone que la circunstancia "a sabiendas" se encuentre plenamente probada en el proceso, pues de otra forma la decisión del juez se tornaría carente de razones.

En el caso concreto, el Tribunal ha encontrado probada la existencia de un objeto y causa ilícita en el contrato celebrado entre las partes trabadas en la litis, pero advierte también que no existen pruebas que demuestren que ellas actuaron a sabiendas de esa circunstancia.

[131] Citada en la sentencia de esta Sala del 4 de Octubre de 1982, CLXV, P. 215.
[132] Así se explicó en la referida sentencia de 22 de enero de 1971

En efecto, los hechos que han llevado al Tribunal a encontrar probada la causa ilícita demuestran cómo el procedimiento precontractual adoptado al interior del FONDO NACIONAL DEL AHORRO permitió que el contrato se celebrara con DISPROYECTOS SAS en condiciones más laxas que las establecidas con anterioridad por la propia entidad estatal, para lo cual basta con comparar lo dispuesto en materia de requisitos establecidos internamente para la venta de derechos de crédito en las versiones 34 del Manual SARC, vigente para el momento en que el FNA formuló invitaciones a algunas entidades para la realización de la venta de cartera (septiembre 12 de 2017), y las versiones 35 y 36 del Manual SARC, cuyas modificaciones fueron aprobadas por la Junta Directiva en septiembre 22 y en octubre 30 de 2017, respectivamente, cuando ya estaba en curso el trato precontractual entre el FNA y DISPROYECTOS, que desencadenó en la celebración del contrato en noviembre de 2017.

En especial, es evidente que los requisitos de precio en la venta de derechos de crédito fueron modificados en el curso de las negociaciones, lo cual, se insiste, se encuentra probado con lo establecido en los numerales 5.1.20.4.5, 11.6.7.3 y 11.6.7.4.2 de las versiones 34, 35 y 36 del Manual SARC, respectivamente, lo que permitió que pudiera aceptarse la propuesta del comprador en condiciones que el Tribunal, apoyado en la validez que le otorga el dictamen pericial arrimado por el demandante en relación con este punto, encuentra ciertamente desfavorables para el Fondo, pues además de que se cambiaron las condiciones del Manual SARC en el curso del proceso precontractual, lo finalmente pactado no se correspondió con las prácticas mercantiles ni con la protección del patrimonio estatal, puesto que habiéndose pactado un plazo de 84 meses para el pago del precio no se estipuló a cargo del comprador el pago de una tasa de interés durante el plazo y ni siquiera la actualización monetaria de las cuotas pactadas.

Adicionalmente, resulta evidente para el Tribunal que DISPROYECTOS no reunía objetivamente las condiciones de experiencia ni patrimoniales para celebrar un contrato de esa naturaleza y por esa cuantía, a pesar de lo cual y yendo en contra de las propias condiciones establecidas internamente por el Fondo se tomó la decisión de celebrar el contrato.

A pesar de lo anterior, se resalta que en el presente proceso no existen pruebas en el expediente que demuestren que la persona legalmente autorizada para representar al Fondo y que firmó el contrato, es decir el presidente de la entidad, haya tenido pleno conocimiento de estas circunstancias o haya liderado esas modificaciones con pleno dominio de los efectos que estas tendrían en la validez del contrato. De hecho, el Tribunal advierte que las actas de las juntas directivas celebradas los días 22 de septiembre y 30 de octubre de 2017, a las que asistió el presidente, y en las que se aprobaron modificaciones al Manual SARC, dando lugar a las versiones 35 y 36, respectivamente, no demuestran que a la Junta Directiva y por lo mismo a quienes se encontraban presentes, se les hayan expuesto con claridad las modificaciones introducidas al precio de venta de los derechos de crédito, asunto que era medular y requería una explicación clara y precisa por parte de la Vicepresidente de Riesgos, quien como líder del proceso debía tener dominio de esas modificaciones, pero que no las mencionó. El Tribunal observa que los cambios introducidos al Manual SARC en lo que respecta a la venta de derechos de crédito fueron producto de la participaron de diversas personas y organismos del FNA, principalmente de la Vicepresidencia de Riesgos y de la Junta Directiva, quienes no necesariamente tuvieron la misma participación en la negociación y perfeccionamiento del contrato firmado con DISPROYECTOS, pues en esto último participaron también otras personas y dependencias de la entidad estatal.

En lo que atañe a DISPROYECTOS, en el presente proceso tampoco existe prueba que demuestre que su representante legal conoció o participó de algún modo en la modificación de las condiciones establecidas en el Manual del SARC del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, o que haya conocido las diferentes acciones y procedimientos realizados al interior de esa entidad para la celebración del contrato, en ninguno de los dos casos con pleno dominio de los efectos que estas modificaciones y procedimientos tendrían en la validez del contrato.

De otra parte, en cuanto se refiere al objeto ilícito del contrato, derivado de la violación del artículo 25 de la ley 819 de 2003, el Tribunal llega a la misma conclusión, en cuanto no hay prueba que evidencie que las partes del contrato obraron a sabiendas de que el objeto de este constituía una violación a dicha norma.

De forma que al no estar probada la circunstancia "*a sabiendas*", a que se refiere el artículo 1525 del código civil, el Tribunal encuentra procedente que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, se ordenen las restituciones mutuas de que trata el artículo 1746 ibidem.

Sin perjuicio de lo dicho, también debe agregarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido en diversas ocasiones a la aplicación del artículo 1525 del código civil en los casos de nulidad por objeto o causa ilícita en los contratos estatales.

De acuerdo con esa corporación, la limitación de que procedan las restituciones mutuas cuando las partes han actuado a sabiendas del objeto o

la causa ilícita del contrato debe armonizarse con los principios de la contratación estatal, que valga la pena señalar son aplicables al caso que nos ocupa, para evitar que el contrato nulo por esas razones termine produciendo efectos como si fuera válido. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha sostenido que cuando la nulidad se declara de oficio, como también ocurre en el presente caso, no resulta aplicable la regla establecida en el citado artículo 1525.

Sobre los aspectos antes mencionados, señaló ese alto Tribunal:

> "*3.1 La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.*
>
> *La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.*
>
> *El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.*
>
> *Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado.*
>
> *Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que "… Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público".*

Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.

Ahora, cuando en la contratación estatal resulta aplicable en toda su dimensión lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, es decir que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas", esta prohibición no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

Si nos atenemos a los antecedentes históricos y a la razón de ser del precepto, la conclusión no puede ser otra[133]*.*

Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada ("repetirse"), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.

En efecto, el antecedente romano se encuentra en la condictio ob turpem vel injustam causam que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.

Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo in pari causa turpitudinem cessat repetitio.

Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que: "sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la

[133] Sobre el origen y desarrollo de esta prohibición puede leerse el excelente artículo de F. Navia Arroyo. Reflexiones sobre la máxima nemo auditur, en Homenaje a Fernando Hinestrosa. Liber Amicorum, t. II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1993, del cual se han tomado parte de las consideraciones sobre este aspecto.

> *puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenudo de gela tornar"*[134]
>
> *Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.*
>
> *Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo in pari causa turpitudinem cessat repetitio" y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera valido*."[135] (Se subraya)

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal por dos razones adicionales encuentra procedentes las restituciones mutuas derivadas del contrato que será declarado nulo, en tanto la nulidad será declarada de oficio, por una parte, pero también y con mayor razón, si llegare en gracia de discusión a considerarse que las partes obraron a sabiendas, toda vez que sería un contrasentido no ordenar las restituciones en tanto el contrato terminaría produciendo los mismos efectos que si fuera válido, lo cual, en opinión del Tribunal, sería contrario a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución, y en especial, dada la existencia de objeto y causa ilícitos, al principio de moralidad en la contratación administrativa.

Al referirse y validar la doctrina del Consejo de Estado que acoge el Tribunal, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente[136]:

[134] Cita: Partida V, Titulo XIV, Ley XLIX.
[135] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, trece (13) de junio de dos mil trece (2013). Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00685-01(26637).
[136] Sentencia C-207-19.

"*Así, es dado concluir que para el Consejo de Estado la restitución a cargo de las partes en un contrato estatal declarado con nulidad absoluta requiere no solo de la verificación de los beneficios obtenidos, sino que también depende del análisis de la conducta y conocimiento de las partes en el momento de contratar y de otros factores que entran en juego para que la decisión resulte compatible con los principios que rigen la materia de la contratación administrativa, incluyendo, por supuesto, los principios de buena fe y equidad.*

Esta postura analítica del caso a caso, resulta incluso concordante con el derecho internacional y comparado en materia contractual respecto del conocimiento que las partes tuvieren sobre sobre la licitud de los actos a la hora de celebrar un contrato, que ha sido expresamente considerada como un criterio relevante a la hora de determinar la razonabilidad de las restituciones frente a un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícita.

Así lo reflejan los principios de Unidroit, que en su versión 2016 y luego de un exhaustivo y riguroso examen del derecho comparado en la materia, decidió adentrarse a codificar las reglas sobre los efectos del contrato ilícito. Al respecto, se consideró que las restituciones proceden cuando resultan razonables, y que dicha razonabilidad debe ser calificada entre otras, por el conocimiento que las partes tenían de la contravención a la norma imperativa".

Por lo anterior, y dada la procedencia de las restituciones en el caso que nos ocupa, es importante poner de presente las condiciones generales del contrato celebrado entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y DISPROYECTOS SAS, las cuales se resumen de la siguiente forma:

a) El objeto del contrato viciado de nulidad está previsto en la cláusula segunda, conforme a la cual se trata de "*la compra por parte del COMPRADOR y la venta por parte del VENDEDOR de la CARTERA HIPOTECARIA JUDICIALIZADA, en los términos y condiciones*" estipulados en el contrato.

b) La expresión CARTERA HIPOTECARIA JUDICIALIZADA está descrita, aunque no en idénticos términos, en la cláusula primera del contrato, donde se indica que "*Es el conjunto de los créditos de cartera hipotecaria de propiedad del VENDEDOR objeto del presente CONTRATO y que se encuentran descritos en el ANEXO No. 1 de este contrato, junto con sus acciones, privilegios, GARANTÍAS y beneficios legales*."

c) Se estipuló también que la cartera hipotecaria judicializada se transfería por el vendedor "*como una única universalidad jurídica, a favor del COMPRADOR, mediante cesión o endoso sin responsabilidad, a título de compraventa en firme y definitiva y con fecha efectiva a la FECHA DE CELEBRACIÓN*". (Parágrafo segundo de la cláusula primera). La anterior estipulación es concordante con la cláusula quinta del contrato, en la que se indica que "*EL PRECIO DE COMPRA TOTAL es único y comprende la totalidad de la CARTERA DE CRÉDITOS JUDICIALIZADOS objeto del presente CONTRATO vistos como una universalidad*".

d) Así mismo, se acordó que "*Los pagos que los de DEUDORES realicen sobre los créditos materia de este CONTRATO, ya sean parciales o totales, que sean recibidos por el VENDEDOR antes de la FECHA DE CELEBRACIÓN serán de su propiedad y se descontarán del SALDO BRUTO DE CAPITAL. Cualquier pago que se reciba después de la FECHA DE CELEBRACIÓN y en adelante, serán (sic) de propiedad exclusiva del COMPRADOR*".

e) Se pactó, como último aspecto que desea resaltar el Tribunal, que debía constituirse por parte del comprador un patrimonio autónomo de garantía, administración y fuente de pago ante la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA, en favor del FNA, lo que

efectivamente se formalizó. A dicho patrimonio autónomo se transfirió la cartera hipotecaria judicializada adquirida por DISPROYECTOS al Fondo Nacional del Ahorro. Este patrimonio autónomo efectuaría todos los giros de recursos al Fondo en virtud de las estipulaciones del contrato de compraventa (cláusulas quinta y décimo octava).

Las condiciones puestas de presente permiten al Tribunal señalar que si bien DISPROYECTOS adquirió la propiedad de un conjunto de derechos de crédito cuyo titular era el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en la práctica no tuvo el poder de disposición sobre estos, pues acto seguido a la compraventa debió, a título de fiducia mercantil, transferir la propiedad de tales derechos a FIDUAGRARIA para conformar con ellos el patrimonio autónomo que sería tanto garantía como fuente de pago de las obligaciones adquiridas con el FNA.

Lo anterior implica varias cosas: (i) que los derechos de crédito que no han sido pagados en su totalidad por los deudores, forman actualmente parte de los activos de ese patrimonio autónomo; (ii) que los dineros provenientes de la cobranza efectuada por DISPROYECTOS han ingresado al patrimonio autónomo y desde allí han sido entregados al Fondo en pago del precio pactado o están a su disposición en ese patrimonio autónomo con el mismo propósito, y (iii) que los derechos de crédito pagados en su totalidad por los deudores se han extinguido jurídicamente y por tanto ya no forman parte del patrimonio autónomo.

Ahora bien, regresando a las normas legales sobre las restituciones mutuas, citadas al inicio de este acápite, ha de señalarse que, en general, dichas restituciones derivadas de la declaratoria de nulidad de un contrato de

compraventa se circunscriben a dos. En primer lugar, debe el comprador devolver la cosa vendida, teniendo en cuenta que serán de su cargo el deterioro o la pérdida, así como los frutos que haya generado o debido generar el bien objeto de la compraventa, conforme a los lineamientos estipulados en el inciso segundo del artículo 1746 del código civil y, en segundo lugar, con base en las reglas establecidas por la misma norma, el vendedor deberá restituir el precio recibido. En estas restituciones tendrá relevancia determinar si el poseedor es de buena o mala fe, como se verá más adelante.

Sin embargo, es de la mayor importancia advertir que aún en el caso de contratos celebrados en contravía de la ley, el juez del contrato enfrenta eventos en que las prestaciones ejecutadas no pueden deshacerse porque el objeto se extinguió total o parcialmente, ante lo cual, la restitución no resulta fáctica ni jurídicamente posible.

4.9.1. Restituciones a cargo de Disproyectos SAS

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, el Tribunal se ocupará inicialmente de establecer los parámetros y condiciones relativos a la restitución que debe efectuar el comprador de la cartera que fue objeto del contrato de compraventa que será declarado nulo, en los siguientes términos:

En el presente caso, y precisamente como parte de la ejecución del contrato de compraventa, existe una cartera que ya fue cobrada y pagada, que se cedió por actos procesales que llevaron a la sustitución procesal y a la generación de decisiones judiciales, como la extinción por pago de la obligación y la terminación del proceso por dicho pago. Respecto de esa cartera, las prestaciones ejecutadas en desarrollo de la venta acordada no

pueden deshacerse, y menos aún, cuando se han desplegado actos procesales que no son materia de juzgamiento por este Tribunal y que no pueden revertirse.

En esa medida, no es posible legal ni fácticamente imponerle a DISPROYECTOS la devolución de la cartera que ya fue cobrada y pagada en su totalidad, por cuanto está extinguida. La restitución procede, por tanto, con respecto a la cartera que no ha sido pagada en su totalidad y que por tanto debe retornar al Fondo en los mismos términos en que le pertenecía antes de celebrar el contrato, es decir, junto con sus privilegios, intereses, acciones y garantías.

En consecuencia, sobre la cartera que no se ha extinguido, lo ajustado a la ley es ordenar a las partes que deshagan la cesión, mediante la operación contraria, de manera que la cartera, sus garantías y los derechos litigiosos retornen al patrimonio o titularidad del FNA y que, en su caso, se ejecuten los actos procesales para revertir la sustitución procesal, en los procesos judiciales que se encuentren en curso. Para tal efecto, el Tribunal ordenará lo siguiente:

i) Que DISPROYECTOS formalice en favor del FNA la cesión de los derechos litigiosos ante los despachos judiciales en los que cursan actualmente los procesos ejecutivos adelantados en contra de los deudores de la cartera vendida y que aún no se ha extinguido por el pago total del crédito, y

ii) Que DISPROYECTOS imparta a FIDUAGRARIA la instrucción respectiva para que la cartera que forme parte del patrimonio autónomo sea transferida al Fondo. Lo anterior, traerá como consecuencia que DISPROYECTOS quede liberado del pago insoluto del contrato que se anulará y que ya no puede cobrarse por el FNA a DISPROYECTOS.

En cuanto se refiere a los intereses generados por la cartera vendida, debe tenerse en cuenta que el artículo 1742 del código civil señala que en las restituciones derivadas de la nulidad del contrato será cada parte responsable de los frutos e intereses, tomándose en consideración "*la posesión de buena o mala fe*", conforme a las reglas generales.

En torno de las reglas de las restituciones, el Consejo de Estado ha reiterado que la obligación de restitución mutua incluye la de reconocer los frutos, en el caso de que el poseedor de la cosa que se restituye no pueda ser considerado de buena fe.

> "*Nótese como independientemente de la razón por la que se haya declarado la ruptura del vínculo obligacional – nulidad absoluta de un contrato o resolución como consecuencia del incumplimiento de uno de los contratistas –, las restituciones mutuas deben realizarse en la forma y términos pactados en la ley y, en ese entendido, las partes se encuentran "compelidas a verificar las restituciones recíprocas, por lo que el vendedor tiene derecho a que se le restituya la cosa entregada y los frutos que ésta hubiere producido… [y] el comprador tiene derecho a que se le restituya el pago que haya realizado del precio de la cosa" [1], sin que resulte procedente tener en cuenta otra consideración diferente a la buena o mala fe de las partes*"[137].

Así las cosas, lo que corresponde en esta oportunidad es determinar si existe o no buena fe de las partes en el contrato que es objeto del presente proceso y cuál es la incidencia que tiene en las restituciones, y más específicamente en la que corresponde efectuar a DISPROYECTOS en su calidad de comprador. Más adelante se verá la incidencia que tiene en la restitución que debe efectuar el FNA.

[137] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia de 15 de marzo de 2017, radicación número: 25000-23-26-000-1999-01155-02(39647).

Pues bien, debe el Tribunal señalar que, en este caso, teniendo en cuenta que está probada la celebración del contrato en circunstancias que resultan violatorias de normas legales que le eran aplicables, las dos partes del contrato se presumen poseedoras de mala fe, como así de forma expresa lo señala el inciso final del artículo 768 del código civil. En efecto, esta norma establece que "*el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario*".

Al referirse a la exequibilidad de dicha disposición, la Corte Constitucional señaló lo siguiente[138]:

> "*Comienza el artículo 768 por una explicación de qué es la buena fe en lo que tiene que ver con la posesión: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio*".
>
> *Y el inciso segundo, al referirse a los títulos traslaticios de dominio, precisa que en éstos "la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato". Es decir, la buena fe se basa, en este caso, en el convencimiento de que, en la celebración del acto o contrato, la ley no se violó. Pues se viola la ley cuando se comete fraude, o cuando existen vicios en el contrato, ya afecten éstos el consentimiento de uno de los contratantes, o las formas propias del negocio jurídico.*
>
> *Lo dicho explica por qué el inciso final establece el error en materia de derecho, y más exactamente el invocarlo, como una "presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario". Veamos.*
>
> *¿En qué consiste la alegación del error de derecho? En general, en invocar la ignorancia de la ley como excusa para su incumplimiento. El error de derecho, en consecuencia, tiene una relación directa con una de las bases del orden jurídico, plasmada en el artículo 9o. del Código Civil: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa". La vigencia del*

[138] Sentencia C-544-94

> *orden jurídico implica la exigencia de que nadie eluda el cumplimiento de la ley so pretexto de ignorarla. Con razón escribió G. del Vecchio: "El ordenamiento jurídico no podría fundarse sobre una base tan precaria cual sería el conocimiento de la ley, cuya demostración se tuviera que aportar de caso singular en caso singular para cada ciudadano". (Filosofía del Derecho, tomo I, pág. 256, ed. UTEHA, México, 1946*).

Las anteriores consideraciones resultan pertinentes, en tanto el Tribunal arribó a la conclusión de que no existen pruebas de que las partes hayan obrado "*a sabiendas*" de que las condiciones de precio establecidas en el contrato constituían una violación del artículo 25 de la ley 819 de 2003 o que la modificación de los manuales SARC y la adopción de las otras decisiones que se ha puesto de presente, ocurridas en el curso de los procedimientos precontractuales, configuraban una causa ilícita, lo que por contera implica que obraron bajo la convicción de no violentar ninguna disposición imperativa, asunto que precisamente configura el error de derecho, en tanto este "***recae sobre la existencia, contenido y alcance de las normas jurídicas***."[139]

Como el error de derecho trae como consecuencia que la posesión se presuma de mala fe, sin que se admita prueba en contrario, así la tendrá por establecida el Tribunal en la posesión de los contratantes, respecto de lo que cada uno recibió como consecuencia del contrato de compraventa. A partir de este presupuesto, se aplicarán las reglas que sobre restitución de frutos consagra el artículo 964 del código civil, que establece lo siguiente:

> "*ARTÍCULO 964. <RESTITUCIÓN DE FRUTOS>. El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.*

[139] Ibidem

> *Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.*
>
> *El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.* (Subrayado declarado exequible)
>
> *En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos"*.

En consecuencia, todos los intereses producidos por los créditos objeto del contrato deben ser restituidos por DISPROYECTOS al FNA, asunto en el que no puede perderse de vista que DISPROYECTOS no ha tenido capacidad de disposición sobre tales intereses, pues todos han sido recaudados a través del patrimonio autónomo constituido en FIDUAGRARIA y girados desde ahí al FNA.

Es decir que, para efectos de la restitución, se ha de reconocer que los intereses producidos hasta antes de la declaratoria de nulidad ya han sido restituidos previamente al FNA y sobre ellos se tendrá por cumplida la orden de restitución que impartirá el Tribunal.

Ahora bien, sobre los recursos que estén disponibles en el patrimonio autónomo al momento de notificarse el laudo, así como también los que llegaren a ingresar o causarse en el patrimonio con posterioridad, todos ellos provenientes de los recaudos de las obligaciones o de sus rendimientos, es claro que en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 964 citado en precedencia, por una parte, y de los efectos de la declaratoria de nulidad establecidos en el artículo 1746 del código civil, de la otra, deben ser restituidos al FNA, independientemente de que correspondan a capital o a intereses de los créditos transferidos a la fiduciaria por parte de DISPROYECTOS.

Por lo anterior, se ordenará a DISPROYECTOS que imparta la instrucción respectiva a FIDUAGRARIA para que todos los dineros que estén disponibles en el patrimonio autónomo sean transferidos o girados al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Anota el Tribunal que el contrato de fiducia debe terminar y procederse a su liquidación por imposibilidad de continuar ejecutando su objeto, pero es bueno advertir que con la presente decisión no se está afectando su validez, por cuanto la nulidad absoluta que se declarará en este el laudo no tiene alcance sobre el contrato de fiducia. Ello no obsta para que las partes impartan las instrucciones necesarias a la fiduciaria para cumplir este laudo y que la fiduciaria, así mismo, vele porque ello suceda.

4.9.2. Restituciones a cargo del Fondo Nacional del Ahorro

En virtud de las restituciones derivadas de la nulidad, le corresponde al FONDO NACIONAL DEL AHORRO retornar a DISPROYECTOS el precio pagado por esta entidad. Para el efecto, el Tribunal tendrá en cuenta dos circunstancias.

4.9.2.1. Cuota inicial.

En primer lugar, de acuerdo con el contrato de compraventa, cláusula quinta, literal B-(i), en la que se pactó la forma de pago, el comprador estaba en la obligación de efectuar dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la suscripción del contrato, una transferencia de recursos al FNA equivalente al 5% del precio de compra total, que el Tribunal entiende como la cuota inicial que debía pagar DISPROYECTOS. No existe controversia entre las partes con

respecto al cumplimiento de esta obligación por parte de DISPROYECTOS, motivo por el cual el Tribunal concluye que estos recursos fueron efectivamente pagados por el comprador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Tampoco existe controversia entre las partes en cuanto al monto de esa cuota inicial, pues ambas coinciden en señalar que ella ascendió a la suma de $3.422.000.000, por lo que el Tribunal tendrá por cierta esa cantidad (véase para el efecto comunicaciones enviadas al Tribunal los días 7 y 10 de marzo de 2022 por parte de DISPROYECTOS y FNA, respectivamente, que obran en el expediente).

Ahora bien, de conformidad con la comunicación de FIDUAGRARIA, de fecha 1 de marzo de 2022, remitida al Tribunal como respuesta a la orden impartida mediante auto No. 35 del 28 de febrero de dicho año, la cual no fue objetada por ninguna de las partes, se tiene que ese 5% del precio de compra total no fue girado al FNA con recursos del patrimonio autónomo.

Lo anterior significa que el pago de esa parte del precio provino de recursos propios de DISPROYECTOS, que por tanto el FNA debe restituir a esa sociedad en las condiciones que el Tribunal procede a señalar, apoyado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, ha señalado la Corte que en la restitución de sumas de dinero procede tanto la indexación del capital, como el reconocimiento de intereses, en los siguientes términos:

> *"2. A nivel general, debe señalarse, conforme a la norma transcrita y la jurisprudencia de esta Corporación, que la regulación de las prestaciones mutuas que aún de oficio deben ser ordenadas por el juez cuando quiera que decrete la nulidad o en general la ineficacia del acto jurídico, apuntan a que se restituya, por la parte obligada a ello, la*

> *suma de dinero recibida en ejecución del acto anulado, o inexistente, con la consiguiente corrección monetaria así como con los intereses que es dable entender produce el capital recibido. Es, salvo excepción legal, el efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio jurídico retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (Cfr. G.J. T. CCXXXIV, pág. 873)*.
>
> *La causa de la orden de restitución con intereses que sigue a la declaratoria judicial de nulidad, inexistencia o en general ineficacia del acto jurídico estriba en una razón de equidad, como ya se dijo, que el propio legislador ha tomado en consideración como base de una obligación de fuente legal, desde el encabezado mismo del transcrito artículo 1746 del Código Civil.*
>
> *En relación con este asunto, ya la Corte había precisado, y ahora lo reitera, que, «[s]i se tiene en cuenta que las restituciones mutuas son asunto puramente civil, sin vinculación directa con el contrato estimado ineficaz, debe concluirse que los intereses a pagar en el caso que ocupa a la Corte son los legales civiles del 6% anual, así el negocio jurídico invalidado pudiera calificarse de comercial». CSJ. SC, 10 dic. 1992*"[140].

De acuerdo con lo anterior, en la restitución de la cuota inicial que el FNA debe efectuar a DISPROYECTOS procede la indexación de esa suma de dinero, mediante la utilización de la fórmula usualmente utilizada por la propia Corte para el efecto[141], a partir del índice de precios al consumidor publicado por el DANE en su página web, que se considera probado por ser un hecho notorio.

VA = VH x IPC Final / IPC Inicial

De donde:

VA= Valor actualizado

VH = Valor histórico, que corresponde al valor de la cuota inicial pagada por DISPROYECTOS

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor aplicable al mes en que se ha

[140] Sentencia SC10097-2015.
[141] Ibidem

proferido el laudo, es decir, el último publicado por el DANE, que en este caso corresponde al del mes de junio de 2022.
IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor correspondiente al mes en que fue pagada la cuota inicial por DISPROYECTOS, es decir, diciembre de 2017.

Aplicada esta fórmula, se tiene:
VA= $3.422.000.000 x 119,31 / 96,92
VA=$4.212.534.255,06

Procede también reconocer el interés legal sobre la cuota inicial, aún si el contrato es de carácter comercial, pues las restituciones son un tema civil de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, citada atrás. Por tanto, los intereses que ordena pagar el artículo 1746 son los establecidos por el artículo 1617 del código civil (6% anual).

Así las cosas, se liquidarán intereses a la tasa legal de 0.5% mensual, por 55 meses, desde diciembre de 2017 a julio de 2022, lo que arroja el siguiente resultado:

$3.422.000.000 x 0,5% x 55= $941.050.000

4.9.2.2. Pagos periódicos.

En segundo lugar, y de acuerdo con la cláusula quinta, literal B-(ii), del contrato de compraventa, el comprador debía efectuar el pago del saldo en un plazo máximo de 84 meses, por los montos y en los períodos establecidos en el contrato. En el parágrafo primero de esta cláusula se estableció lo siguiente:

> "*PARÁGRAFO PRIMERO: Sin perjuicio del pago inicial (literal b sub numeral (i) de la presenta clausula (sic)) todos los pagos se realizarán al VENDEDOR a través del Patrimonio Autónomo constituido por el COMPRADOR, los cuales incluyen todos los impuestos, tasas y contribuciones a que hubiere lugar*".

No existe controversia entre las partes con respecto al cumplimiento de esta obligación por parte de DISPROYECTOS, motivo por el cual el Tribunal concluye que estos recursos fueron efectivamente pagados al FONDO NACIONAL DEL AHORRO con recursos existentes en el patrimonio autónomo.

Teniendo en cuenta que tales recursos provenían de la gestión de cobro de cartera efectuada por DISPROYECTOS, es procedente diferenciar entre los créditos que como consecuencia de los pagos se extinguieron y los que aún existen.

Respecto de los créditos que se extinguieron se genera la imposibilidad física y jurídica para que DISPROYECTOS los devuelva al Fondo, tal como ya se explicó anteriormente. Por la misma razón, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO tampoco está obligado a restituir a DISPROYECTOS los dineros que ha recibo o reciba del patrimonio autónomo y que provienen del pago efectuado por los deudores de esa cartera extinguida, operando una especie de compensación que libera a las dos partes del contrato de la obligación de restitución y que impide al Tribunal retrotraer las cosas al estado en que estaban antes de la celebración del contrato.

En cuanto a los recursos que ingresaron al patrimonio autónomo como abono a los créditos que aún forman parte del patrimonio autónomo, el Tribunal considera que esos recursos son parte de los créditos que por no estar extinguidos debe restituir DISPROYECTOS al Fondo Nacional del Ahorro en el

estado en que se encuentren. Por tanto, con respecto a esos recursos no se genera obligación de restitución a cargo del Fondo.

4.9.2.3. Gastos.

Por último, el Tribunal se referirá a los gastos ocasionados por la fiducia de garantía, administración y pagos que dio lugar a la constitución del patrimonio autónomo al cual se transfirieron todos los derechos de crédito objeto del contrato que se declarará nulo.

Sobre el particular, el inciso final del artículo 964 del código civil establece que "*En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlo*s". Lo anterior significa que DISPROYECTOS tiene derecho a que el FNA le reconozca los gastos ocasionados por la gestión y cobro de los intereses de la cartera vendida.

DISPROYECTOS no aportó prueba de esos gastos, motivo por el cual el Tribunal no puede ordenar su reconocimiento. No obstante, obra en el proceso el contrato de fiducia celebrado entre DISPROYECTOS y FIDUAGRARIA, el cual debió ser celebrado como consecuencia de las estipulaciones contractuales pactadas entre DISPROYECTOS y el FNA y sin el cual no habría sido posible que el comprador gestionara el cobro de la cartera, incluidos sus intereses. Por tanto, en desarrollo de la facultad oficiosa con base en la cual el Tribunal declarará la nulidad del contrato de compraventa, también procedería ordenar que los gastos ocasionados por la celebración del contrato de fiducia le sean reconocidos a DISPROYECTOS.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la comisión fiduciaria se ha descontado

de los recursos que han ingresado al patrimonio autónomo, los cuales, como se ha dicho, provenían del cobro de cartera y son de propiedad del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en virtud de las restituciones que se están ordenando, ha operado una especie de compensación que extingue la obligación a cargo del Fondo, consistente en la restitución de estos gastos, razón por la cual no procede ordenar que dicho Fondo efectúe un giro de recursos a favor de DISPROYECTOS por este concepto.

Cabe aclarar que si existen comisiones fiduciarias pendientes de pago, ellas en virtud de la norma antes señalada deben ser pagadas por el FNA a FIDUAGRARIA, en cumplimiento de las restituciones a su cargo.

5. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Mediante escrito presentado simultáneamente con la contestación de la demanda principal, la convocada llamó en garantía a la sociedad FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. -FIDUAGRARIA, para que, en caso de proferirse una condena en contra de DISPROYECTOS, la mencionada fiduciaria cubriera el 100% de las condenas impuestas en contra del llamante.

Como fundamento de esa petición, relató que entre DISPROYECTOS y FIDUAGRARIA se celebró el contrato de Fiducia Mercantil de Garantía, Administración y Fuente de Pago, con ocasión del contrato de compraventa de cartera hipotecaria FID-053-2017 que da origen a este proceso.

Manifestó igualmente que, en desarrollo de ese contrato de fiducia, DISPROYECTOS pagó a FIDUAGRARIA la suma de $ 3.872.000.000 con destino

al Fondo de Reserva del Patrimonio Autónomo, razón por la cual considera que tiene derecho a exigir a la llamada el reembolso del perjuicio que llegue a sufrir como consecuencia de una sentencia condenatoria.

El artículo 64 del Código General del Proceso establece que quien crea tener derecho legal o contractual de exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso del pago que tuviere que hacer como consecuencia de la sentencia, puede solicitar que la relación que pudiera dar pie a ese derecho sea resuelta en el mismo proceso.

Sobre esta figura procesal, la jurisprudencia ha enseñado que:

> "(…) *es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal o contractual de garantía que lo obliga a indemnizar al citante el ´perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia´ que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.*
>
> *(…)Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la ´proposición anticipada de la pretensión de regreso´ (Para Quijano) o el denominado ´derecho de regresión´ o ´de reversión´, como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, 'a indemnizarle el perjuicio que llegaría a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia´ (art. 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, la pretensión que contra el tercero se formule es una pretensión de condena eventual (in eveuntum), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia ´se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago´ como lo ha dicho la Corte*"[142]

[142] SC- 24 de octubre de 2000 Rad. 5387

A partir de la expedición del Código General del Proceso, lo primero que corresponde al Juez al momento de resolver de fondo las pretensiones de un llamamiento en garantía, es establecer si entre el llamante y el llamado existe una verdadera relación de garantía pues, como ha quedado expuesto, el primer requisito para la prosperidad de una pretensión de esa naturaleza, lo constituye el hecho de que el llamado tenga el deber legal o contractual de responder frente al llamante por razón de la eventual condena a que este último se vea obligado.

Así, no toda relación contractual tiene los alcances de un vínculo de garantía, sino que resulta necesario que como consecuencia del pago al que se vea compelido el demandado se active una herramienta jurídica que ponga en cabeza del garante el deber de restituir al llamante lo pagado.

Establecido lo anterior, corresponde en consecuencia analizar el objeto del contrato de Fiducia Mercantil de Garantía, Administración y Fuente de Pago, a fin de establecer cuáles son las obligaciones que por virtud de ese contrato adquirió la Fiduciaria vocera del Patrimonio Autónomo nacido de ese negocio jurídico.

En la cláusula primera las partes acordaron lo siguiente "*Constituir un Patrimonio Autónomo de garantía, administración, pagos y fuente de pago con los Bienes Fideicomitidos, con el fin de que la Fiduciaria (i) realice el recaudo y administración de la cartera y demás bienes que deban ser transferidos al Fideicomiso, (ii) realice los pagos al Beneficiario de la Fuente de Pago conforme a lo dispuesto en la cláusula quinta del Contrato de Compraventa con los recursos del Fondo de Reserva y finalmente, (iii) ejecutar*

el procedimiento establecido en el presente contrato, en el evento que el Fideicomitente incumpla en el pago de la obligación para con el Beneficiario de la Fuente de Pago".

A su turno, en las definiciones de ese contrato, así como en su cláusula novena, se convino que el llamado Fondo de Reserva estaría destinado al pago de las cuotas programadas en la cláusula quinta del contrato de compraventa, así como al pago de las sanciones, condenas, costas, expensas judiciales, honorarios y perjuicios y cualquier otra suma de dinero a que sea obligado el FNA por orden de autoridades administrativas o judiciales en firme.

Como se desprende de esas estipulaciones, el Patrimonio Autónomo se constituyó para recaudar y administrar la cartera, y para realizar los pagos al "*Beneficiario de la Fuente de Pago*", quien conforme al contrato es el FONDO NACIONAL DEL AHORRO. No se advierte que en el contrato de fiducia se hayan acordado obligaciones de pago del Fideicomiso en favor de DISPROYECTOS, requisito este que se constituye en fundamento esencial para poder establecer la existencia de una relación de garantía que, a su turno, fundamente una eventual condena al tercero vinculado al trámite.

Para efectos de la presente acción arbitral, es importante destacar la destinación específica del Patrimonio Autónomo, que por ningún motivo puede orientarse a una finalidad distinta a la fijada en el Contrato de Fiducia, razón evidente por la cual sobre ese fondo recae la imposibilidad jurídica de vincular los citados recursos al llamamiento en garantía.

Y en cuanto al Fondo de Reserva, se advierte que este tenía por objeto el pago de las cuotas previstas en el contrato de compraventa, y la protección

del patrimonio del FNA en caso de una condena o sanción judicial o administrativa, sin que se encuentre afecto a realizar pagos en favor de DISPROYECTOS.

El alcance del contrato de fiducia no era salir a responder por DISPROYECTOS ante una condena en su contra, lo cual justifica jurídicamente que esta eventualidad no está incluida en el alcance de la fiducia y por lo tanto no procede una reclamación en tal sentido.

En los anteriores términos, debe concluirse que no se encuentra demostrada una relación de garantía entre el Patrimonio Autónomo y DISPROYECTOS que permita sustentar el llamamiento en garantía formulado, ni muchos menos que habilite al Tribunal para entrar a resolver de fondo sobre esa relación ni para proferir una condena en contra de aquel. En consecuencia, habrá de negarse la pretensión formulada por el llamante, y se declarará probada la primera excepción propuesta por la fiduciaria denominada, "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA EN FAVOR DE DISPROYECTOS*", lo cual, por enervar íntegramente la pretensión formulada por Disproyectos al presentar el llamamiento en garantía, releva al Tribunal de la obligación de estudiar los demás medios de defensa propuestos por FIDUAGRARIA.

6. COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso dispone que "1. *(s)e condenará en costas a la parte vencida en el proceso*".

Como quiera que no habrán de prosperar las pretensiones de la demanda principal ni aquellas contenidas en la demanda de reconvención, el Tribunal

se abstendrá de proferir condena en costas en contra de la convocante y de la convocada con ocasión del trámite de esas demandas, con excepción de la suma de $ 259.500.000 que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO pagó por concepto de gastos y honorarios del Tribunal a cargo de DISPROYECTOS, como quiera que, a pesar de haber expedido la certificación de que trata el artículo 27 de la ley 1563 de 2012, no aparece constancia en el expediente de que se le haya reembolsado ese dinero por parte de la convocada o que se haya iniciado el proceso ejecutivo. Se aclara sin embargo que el pago de esta condena solo será procedente, en el evento en que DISPROYECTOS no haya efectuado el pago a la demandante.

En lo que se refiere al llamamiento en garantía, se condenará en costas a DISPROYECTOS y se le ordenará reembolsar el 100% de los honorarios y gastos pagados por FIDUAGRARIA, esto es, la suma de $230.000.000 y una suma de $15.000.000 por concepto de agencias en derecho, considerando la naturaleza del trámite y el tiempo de duración del proceso, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del Estatuto Procesal Civil.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** como convocante, **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S.** como convocada, y **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA** como llamada en garantía, en su condición de vocera del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DISPROYECTOS,** administrando justicia, por habilitación de las partes, en nombre de la

República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones principales de la demanda formulada por el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO.**

SEGUNDO: Declarar, de oficio, la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado el veinte (20) de noviembre de 2017 entre el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** y **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S**., por violación de norma imperativa y causa ilícita.

TERCERO: Ordenar a **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S**. reintegrar al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** la cartera que no ha sido pagada en su totalidad junto con sus privilegios, intereses, acciones y garantías y, en consecuencia, ordenarle que realice la cesión de los derechos litigiosos a favor del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** ante cada uno de los respectivos despachos judiciales en los que cursan actualmente los procesos ejecutivos adelantados en contra de los deudores.

CUARTO: Ordenar a **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S**. impartir a **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA** la instrucción para que la cartera que forma parte del Patrimonio Autónomo Disproyectos - FNA sea transferida al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO**.

QUINTO: Ordenar a **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S**. impartir a **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA** la instrucción para que todos los dineros que estén disponibles en el Patrimonio Autónomo

Disproyectos – FNA, al momento de notificarse el laudo, así como también los que llegaren a ingresar con posterioridad, sean transferidos al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO**.

SEXTO: Ordenar al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** reintegrar a **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S**. la suma de $ 4.212.534.255,06**,** la cual se encuentra indexada a la fecha de este laudo, por concepto de la cuota inicial pagada.

SÉPTIMO: Ordenar al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** pagar a **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S**. la suma de $941.050.000 por concepto de intereses causados a la fecha de este laudo, sobre la suma de $3.422.000.000, correspondiente a la cuota inicial pagada.

OCTAVO: Ordenar al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** pagar a **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA** los gastos ocasionados por la celebración del contrato de fiducia y que se encuentren pendientes de pago.

NOVENO: Declarar probada la excepción denominada, "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA EN FAVOR DE DISPROYECTOS*" propuesta por **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA** y, en consecuencia, negar la petición del llamamiento en garantía.

DÉCIMO: Condenar a **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S**. a pagar al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** la suma de $259.500.000 por concepto de costas.

UNDÉCIMO: Condenar a **DISEÑOS Y PROYECTOS DEL FUTURO S.A.S**. a pagar a

FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA la suma de $245.000.000 por concepto de costas y agencias en derecho.

DUODÉCIMO: Ordenar que, por secretaría, se compulsen copias de este laudo a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la Nación para que, si a bien lo tienen, inicien las investigaciones correspondientes.

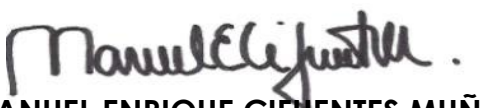
DECIMOTERCERO: Abstenerse de pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda principal y las pretensiones de la demanda de reconvención, por carencia de objeto, dada la nulidad decretada oficiosamente.

DECIMOCUARTO: Ordenar que, por Secretaría, se expida copia auténtica de esta providencia con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

DECIMOQUINTO: Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Esta providencia queda notificada en estrados.

EVER LEONEL ARIZA MARÍN
Presidente



MANUEL ENRIQUE CIFUENTES MUÑOZ
Árbitro

GONZALO MÉNDEZ MORALES
Árbitro

ANTONIO PABÓN SANTANDER
Secretario