

LAUDO.....	2
CAPITULO I.....	2
ANTECEDENTES.....	2
1.1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento.....	2
1.2. El pacto arbitral.....	2
1.3. Etapa Inicial.....	3
1.3.1 Nombramiento de Arbitro.....	3
1.3.2 Instalación del Tribunal y Admisión de la demanda.....	4
1.3.3 Notificación del Auto admisorio de la demanda y su traslado....	4
1.3.4. Contestación de la demanda y llamamiento en garantía.....	4
1.3.5 Admisión del llamamiento en garantía.....	5
1.3.9 Audiencia de Conciliación.....	6
1.4. Trámite Arbitral.....	6
1.4.1 Las partes y su representación.....	6
1.4.2 La demanda.....	7
1.4.2.1 Los hechos en los que se sustenta la demanda.....	7
1.4.2.2 Las pretensiones de la demanda principal.....	22
1.5 Contestación de la demanda de LA FIDUCIARIA.....	24
1.8 Primera audiencia de trámite.....	26
1.9 Pruebas.....	27
1.10 Alegaciones de las partes.....	27
1.11 Intervención del Procurador.....	27
1.12 Término del proceso.....	28
CAPITULO II.....	29
CONSIDERACIONES.....	29
2.1 EL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO Y SUS PARTES, Y SU RELACIÓN CON EL CONTRATO DE EMPRÉSTITO Y EL CONVENIO DE DESEMPEÑO Y CON LAS PARTES DE ÉSTOS.....	29
2.1.1 Las partes del contrato.....	30
2.1.2 El objeto del contrato y su relación con el convenio de desempeño y el empréstito.....	30
2.1.3 El perfeccionamiento del contrato de empréstito.....	31
2.1.4 Destinación de los recursos fideicomitidos.....	36
2.1.5 Obligaciones de la Fiduciaria.....	38
2.1.6 Devolución de recursos al MINISTERIO.....	40
2.1.7. La liquidación de la ESE.....	42
2.1.8. La terminación del contrato.....	47
2.1.9. Conclusión.....	49
2.2 Incumplimientos alegados no relacionados con la entrega de los recursos al MINISTERIO.....	52
2.3 Excepciones de mérito interpuestas por LA FIDUCIARIA.....	53
2.4 El llamamiento en garantía y sus consecuencias en el presente litigio.....	54
2.4.1 La pretensión del llamamiento.....	54
2.4.2 Respuesta del llamado.....	54
2.4.3 Análisis y conclusión del Tribunal respecto del llamamiento en garantía.....	55
2.4.3.1 Objeto del llamamiento.....	55
2.4.3.2 El llamamiento.....	56
2.4.3.3 Las razones de defensa de EL MINISTERIO.....	59
2.4.3.4 Conclusiones del Tribunal.....	62
2.4.3.5 Excepciones de mérito interpuestas en el llamamiento en garantía.....	67
2.5 Costas y agencias en derecho.....	68
2.5.1 Costas y agencias en derecho a cargo de LA FIDUCIARIA.....	68
2.5.2 Costas y agencias en derecho a cargo de EL MINISTERIO.....	68
CAPITULO III.....	69
RESOLUTIVA.....	69

LAUDO

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento

Mediante escrito presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 27 de septiembre del 2007, la empresa ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA S.A. – EN LIQUIDACIÓN, en adelante LA ESE, LA CONVOCANTE, o EL PRESTATARIO solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que resolviera, a través de un proceso arbitral, las pretensiones contenidas en la demanda formulada contra la sociedad FIDUCIARIA POPULAR S.A., en adelante LA FIDUCIARIA, LA CONVOCADA o LA LLAMANTE.

1.2. El pacto arbitral

En el presente caso, el pacto arbitral, en su modalidad de cláusula compromisoria, se encuentra contenido en la cláusula 17 del “Contrato de Encargo Fiduciario” suscrito el 30 de noviembre de 2005 (Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 523), tal como fuera modificada por las partes mediante documento suscrito el 20 de febrero de 2008, la cual se transcribe a continuación:

“CLAUSULA DECIMA SEPTIMA.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES O PACTO ARBITRAL. Las partes se obligan a utilizar mecanismo de arreglo directo para el caso de surgir entre ellas cualquier controversia sobre el presente contrato o sobre su ejecución. Podrá utilizarse cualquier mecanismo de arreglo directo entre las partes, tales como la transacción, la amigable composición o la negociación directa.

En consecuencia, cualquiera de las partes podrá por escrito plantear a la otra la controversia contractual de la que se trate y un proyecto de solución. A partir de la fecha y hora de recepción de esta solicitud por la parte destinataria, se contará un término de sesenta días (60) comunes prorrogables como se indica a continuación. Durante este periodo ninguna de las partes podrá convocar a la otra a arbitramento, y ambas partes se comprometen a desarrollar su mejor esfuerzo para la consecución de una salida

Con formato: Fuente: (Predeterminado) Courier New, 12 pto, Negrita

Con formato: Normal, Interlineado: sencillo

directa al conflicto que pudiese existir. El término anteriormente señalado podrá ser prorrogado de común acuerdo por las partes y salvo que se manifieste lo contrario, se entenderá prorrogado por un número de 30 días comunes contados desde el momento de expiración del plazo inicialmente previsto.

Las controversias que se susciten entre las partes con ocasión del presente contrato serán sometidas a la decisión de un árbitro único. El árbitro será designado por las partes.

La decisión del árbitro será en derecho. La ley de fondo aplicables al presente contrato es la vigente al momento de su celebración y las normas de carácter imperativo que ocupándose del mismo tema sustituyan las anteriores. La ley del proceso aplicable será la que se encuentre vigente al momento de su iniciación y, si es del caso, la que una vez iniciado modifique tal ley procesal.

Si transcurridos treinta (30) días hábiles contados desde la convocatoria a decisión arbitral las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre la persona del árbitro, éste será designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio del Domicilio Principal de EL FIDEICOMITENTE, cuyo reglamento vigente será aplicable en lo pertinente a la tramitación del respectivo proceso.

Las direcciones para las notificaciones serán las que se especifican en el presente contrato. La notificación que se surta en la dirección distinta a la especificada en el presente contrato surtirá plenos efectos procesales si se demuestra que el lugar en el que se produjo es el que corresponde a la verdadera dirección de la parte. Lo anterior quiere decir que la notificación realizada en dirección distinta de la especificada no es por el solo hecho inválida, sino que puede ser válida en cuanto cumpla con el fin de poner en conocimiento la comunicación de la que se trate”.

Mediante el mencionado escrito del 20 de febrero de 2008, las partes acordaron:

“Los suscritos representante de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSE PRUDENCIO PADILLA - EN LIQUIDACION - y LA FIDUCIARIA POPULAR S.A., acuerdan respecto del Tribunal de Arbitramento cuya integración fue solicitada el 20 de septiembre de 2007 al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla, con fundamento en la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Encargo Fiduciario suscrito entre las partes el 30 de noviembre de 2005, los siguiente:

- a) El Tribunal de Arbitramento estará integrado por un árbitro único. Para tal efecto, de común acuerdo las partes ratifican la designación del Doctor Jorge Pinzón Sánchez.
- b) El Tribunal se adelantará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, como arbitramento legal, sin perjuicio de las expensas administrativas que el Centro liquidará de conformidad con sus tarifas.
- c) El arbitro designado decidirá en derecho”.

1.3. Etapa Inicial

1.3.1 Nombramiento de Arbitro

Las partes, de común acuerdo, designaron como árbitro principal al doctor JORGE PINZON SANCHEZ, quien aceptó su

designación, posteriormente en el documentos suscrito por las partes el 20 de febrero de 2008, las partes ratificaron su nombramiento.

1.3.2 Instalación del Tribunal y Admisión de la demanda

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá fijó como fecha para celebrar la audiencia de instalación del Tribunal el día 20 de febrero de 2008.

En la fecha señalada, se inició la audiencia de instalación a la cual asistieron el árbitro único doctor Jorge Pinzón Sánchez, los apoderados de las partes, doctores Juan Jorge Almonacid y Martha Cediel de Peña y la representante legal de LA CONVOCADA, Luz Eugenia Sarmiento. En dicha audiencia el Tribunal nombró como secretaria a la doctora Alejandra Vásquez Velandia. En esa misma audiencia se declaró legalmente instalado el Tribunal, se admitió la demanda presentada por LA CONVOCANTE y se ordenó notificar personalmente el auto admisorio de la demanda.

1.3.3 Notificación del Auto admisorio de la demanda y su traslado.

El mismo 20 de febrero de 2008, se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda a la representante legal de LA FIDUCIARIA y en ese mismo acto se le hizo entrega de copia de la demanda y sus anexos.

1.3.4. Contestación de la demanda y llamamiento en garantía.

Mediante escrito presentado por el apoderado de LA CONVOCANTE el día 5 de marzo de 2008, se contestó la demanda, se interpusieron las excepciones de mérito y se presentó escrito de llamamiento en garantía.

1.3.5 Admisión del llamamiento en garantía

Mediante auto del 13 de marzo de 2008, el Tribunal ordenó al apoderado de LA CONVOCADA precisar el fundamento de derecho invocado como base del llamamiento en garantía al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Estando dentro del término otorgado por el Tribunal, el 28 de marzo de 2008, el apoderado de LA FIDUCIARIA precisó los fundamentos de derecho del llamamiento.

El Tribunal, mediante auto proferido el 1 de abril de 2008 admitió el llamamiento en garantía y ordenó la citación de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en adelante EL MINISTERIO.

1.3.6 Notificación del llamamiento en garantía

El 12 de mayo de 2008, se notificó personalmente a EL MINISTERIO del auto admisorio del llamamiento en garantía.

1.3.7 Contestación del llamamiento

Mediante escrito presentado el 19 de mayo de 2008, la apoderada de EL MINISTERIO contestó el llamamiento en garantía y propuso excepciones de mérito.

1.3.8 Traslado de las excepciones de mérito

Las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda presentada por LA FIDUCIARIA y por EL MINISTERIO se fijaron en lista, traslado que fue descorrido por el apoderado de LA CONVOCANTE mediante escrito del 28 de mayo de 2008.

1.3.9 Audiencia de Conciliación

El día 19 de agosto de 2008 se llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el artículo 141 del decreto 1818 de 1998. La misma culminó con el Auto mediante el cual el Tribunal declaró fracasada la citada audiencia.

1.3.10 Fijación y consignación de honorarios

Dentro de la audiencia llevada a cabo el 25 de agosto de 2008, el Tribunal procedió a fijar los gastos y honorarios del Tribunal.

Estando dentro del término legal cada una de las partes, LA CONVOCANTE, LA CONVOCADA y LLAMADA EN GARANTIA, consignó lo que le correspondía por concepto de gastos y honorarios del Tribunal.

1.4. Trámite Arbitral

1.4.1 Las partes y su representación

a. La convocante

La Parte Convocante es la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION, sometida al régimen de las Empresas Sociales del Estado, identificada con el NIT 802-021-023-9, creada mediante Decreto 1750 de 2003, representada por el doctor Juan Carlos Gómez Arias, domiciliado en Barranquilla, apoderado especial con facultades de Agente Liquidador, según poder otorgado por la sociedad liquidadora FIDUAGRAGRIA S.A. designada mediante Decreto 2505 del 29 de Julio de 2006.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **JUAN JORGE ALMONACID SIERRA**, abogado de profesión,

con tarjeta profesional No. 68.772 del Consejo Superior de la Judicatura.

b. La convocada

La parte convocada es la sociedad **FIDUCIARIA POPULAR S.A.** sociedad anónima comercial, constituida mediante escritura pública No. 4037 del 28 de agosto de 1991 otorgada en la Notaría 14 de Bogotá. Se encuentra representada legalmente por su Presidente, Carlas Patricia Gallo Hoyos.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **SERGIO RODRIGUEZ AZUERO**, abogado de profesión con tarjeta profesional No. 2593 del Consejo Superior de la Judicatura.

c). El llamado en garantía

El llamado en garantía es la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, representada legalmente por el Ministro, doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por la doctora **HEYBY POVEDA FERRO**, abogada con tarjeta profesional No. 68.224 del Consejo Superior de la Judicatura.

1.4.2 La demanda

1.4.2.1 Los hechos en los que se sustenta la demanda

Afirma el apoderado de LA CONVOCANTE que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1750 de 2003, ordenó escindir del Instituto de Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud y todas las Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria, y crear siete (7) Empresas

Sociales del Estado, entre ellas, la E.S.E. JOSÉ PRUDENCIO PADILLA.

Pone de presente que el 22 de diciembre de 2004, se suscribió un convenio de desempeño entre EL MINISTERIO y la ESE, hoy en Liquidación, el cual tiene por objeto fijar los términos y condiciones bajo los cuales la ESE, se obliga a cumplir las metas, indicadores y compromisos previstos en el citado convenio, en el marco de créditos de presupuesto que otorga la Nación para adelantar procesos de reestructuración.

Indica que el mismo 22 de diciembre de 2004, se suscribió un contrato de empréstito entre EL MINISTERIO y la ESE, hoy en Liquidación, hasta por la suma de \$33.354.000.000, de los cuales \$15.873.000.000 estaban destinados al pago de indemnizaciones, liquidación de prestaciones sociales y demás obligaciones laborales de los servidores de la ESE a quienes se les suprimió el cargo en el proceso de reestructuración de la empresa.

Resalta que el 30 de noviembre de 2005, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2 del la cláusula segunda del citado contrato de empréstito, la ESE, hoy en Liquidación, suscribió un contrato de encargo fiduciario con LA FIDUCIARIA, cuyo objeto es la administración y pago por parte de LA FIDUCIARIA de los recursos provenientes del ONTRATO DE EMPRESTITO, en los términos señalados en la cláusula primera del mencionado contrato.

Manifiesta que el 6 de diciembre de 2005, se suscribió el otrosí No. 1 al contrato de empréstito suscrito el 22 de diciembre de 2004, en el cual se autorizó una adición de \$11.953.521.000, destinados a financiar el pago de indemnizaciones, liquidación de prestaciones sociales y demás obligaciones laborales a quienes se les suprimiera el cargo

en la ESE de conformidad con lo previsto en el convenio de desempeño.

Indica que el 16 de marzo de 2006, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 776 de 2006 por medio del cual ordenó suprimir cargos de la planta de personal de la ESE.

Pone de presente que mediante comunicado 02331 fechado el 27 de julio de 2006, el Ministerio de la Protección Social informó a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional de EL MINISTERIO que:

"De los recursos de reestructuración de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, destinados a la indemnización por valor de \$27.826.521.000, sólo se ha girado por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduciaria la suma de \$15.873.000.000, los demás recursos por valor de \$11.953.521.000 se encuentran en el tesoro nacional, por lo que no habría reintegro alguno por dicha suma.

"Al 30 de junio del año en curso en la Fiduciaria Popular, existe un saldo de \$5.497.754.313 más rendimientos por \$334.398.131, para un total de \$5.832.152.444, valores que serán reintegrados a la nacional, una vez se expida el Decreto de supresión de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla y se definan los trámites correspondientes para efectuar el reintegro." (Resaltado fuera de texto).

Resalta que el 29 de julio de 2006, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2505 por el cual se dispuso suprimir la ESE y se ordena su liquidación.

Manifiesta que el 4 de agosto de 2006, mediante comunicados fechados el 31 de julio de 2006, el Liquidador de la ESE, informó a LA FIDUCIARIA que el "Presidente de la República, mediante el Decreto 2505 de Julio 29 de 2006 ...ordenó la supresión y liquidación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, adscrita al Ministerio de la Protección Social.

En virtud de dicho Decreto le notificamos lo siguiente:

- Que a partir de Julio 29 del 2006, la empresa pasa a denominarse ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN.
- Que el nuevo representante legal de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLAN EN LIQUIDACIÓN ES FIDUAGRARIA S.A.
- Que FIDUAGRARIA S.A. ha designado a Nelson Guzmán Villegas, identificado con la CC No. 77.152.385 de Codazzi (Cesar), como su Apoderado Especial para todo el proceso de liquidación, de acuerdo con Poder Especial adjunto.

- *Que a partir de la fecha la única firma autorizada para cualquier tipo de transacción bancaria a realizar en las cuentas bajo la titularidad de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA es la de Nelson Guzmán Villegas, quien aparece firmando esta comunicación...”*

Advierte que mediante comunicado IEF-055/06 fechado el 22 de agosto de 2006, el Interventor del Encargo Fiduciario José Prudencio Padilla, informó al Subdirector Operativo Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional que:

“En consideración a que la Empresa Social del Estado (ESE) José Prudencio Padilla en liquidación, suscribió con la nación un Contrato de Empréstito el 22 de diciembre de 2004 por valor de \$15.873 millones de pesos, destinados al pago de indemnizaciones y liquidaciones de prestaciones sociales y demás obligaciones laborales que se generen como consecuencia de la reestructuración.

“Entre las condiciones para el giro de los recursos, estaba la de constituir la Empresa Social del Estado un Encargo Fiduciario el cual se realizo con la Fiduciaria Popular S.A., entidad a la cual se giraron los recursos el 22 de diciembre de 2005.

“El pasado 29 de julio, mediante Decreto 2505 del 2006, se ordenó la liquidación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla.

Ante un requerimiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el señor Ministro de la Protección Social Dr. Diego Palacio B., en oficio radicado en ese Ministerio con el No. 1-2006-046310 (folio anexo), dirigido al Dr. Fernando Jiménez R. Director General de Presupuesto Público Nacional (E) se solicitó definir los trámites correspondientes para el reintegro de los recursos que actualmente se encuentran en del Encargo Fiduciario.

En razón de lo anterior y en mi calidad de Interventor por la Empresa Social del Estado, de dicho encargo fiduciario, solicito me informe cual es el procedimiento que se debe adelantar para efectuar el reintegro de los recursos no ejecutados que se encuentran en el encargo fiduciario”.

Resalta que mediante comunicado No. 2-206-024075 fechado el 5 de septiembre de 2006, la Subdirectora de Financiamiento Otras Entidades y Saneamiento Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional informó al Ministro de la Protección Social que:

“Teniendo en cuenta lo manifestado en su oficio No. 002331 del 27 de julio pasado, atentamente nos permitimos solicitarle con carácter urgente el envió de un oficio dirigido a la Fiduciaria Popular S.A., Fiduciaria que maneja bajo Encargo Fiduciario los recursos objeto de los créditos de presupuesto otorgados por la Nación a la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, a fin de que los recursos existentes en dicha Fiducia y que no hayan sido

comprometidos con anterioridad a la liquidación de la mencionada entidad, sean consignados a la siguiente cuenta..."

Afirma que el Ministro de Protección Social no envió el oficio dirigido a la Fiduciaria Popular S.A., a fin de que los recursos existentes en el Encargo Fiduciario sean consignados o trasladados a la Dirección del Tesoro Nacional.

Pone de presente que mediante oficio 930473 fechado el 29 de septiembre de 2006, la Vicepresidente de Negocios Fiduciarios de LA FIDUCIARIA manifestó al interventor del Encargo Fiduciario, doctor José Eladio Garzón que:

"Teniendo en cuenta la solicitud realizada por el Señor Ministro de la Protección Social, en cuanto a la devolución de los recursos no utilizados por la E.S.E. José Prudencio Padilla, atentamente nos permitimos manifestar que para determinar el valor a girar a la Nación es necesario establecer y provisionar el valor de los pagos que se encuentran pendientes, así como los embargos que recaen sobre los recursos del fideicomiso".

Manifiesta que ni el Ministerio de Protección Social ni EL MINISTERIO impartieron instrucciones ni dieron su visto bueno para que LA FIDUCIARIA procesara el pago o efectuara la devolución o traslado de los recursos no utilizados por la ESE a la Dirección del Tesoro Nacional.

Resalta que el 29 de septiembre de 2006, con cargo a los recurso del encargo fiduciario ESE José Prudencio Padilla, LA FIDUCIARIA consignó en la cuenta 61011136, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional, la suma de Cinco mil doscientos ochenta y un millones cuatrocientos treinta y tres mil setecientos ochenta pesos (\$5.281.433.780).

Mediante comunicado LIQ 966 del 4 de octubre de 2006, el Liquidador de la ESE dio respuesta al citado oficio 930473 suscrito por la Vicepresidente de Negocios Fiduciarios de LA FIDUCIARIA manifestándole que:

"Al respecto me permito manifestar que la ESE José Prudencio Padilla comparte plenamente que para determinar el valor a girar a

la Nación es necesario previamente establecer y provisionar el valor de los pagos que se encuentran pendientes, ya que de conformidad con lo establecido en el parágrafo cuarto de la cláusula quinta y en la cláusula decimocuarta del encargo fiduciario las partes acordaron que la devolución a la Nación de los recursos remanentes, procede solamente luego de cumplir con la destinación de los recursos y/o las fechas límites establecidas en el contrato de empréstito u los otrosí correspondientes y que dos de las causales de terminación del contrato son haberse ejecutado completamente su objeto o agotados los bienes objeto de administración y el vencimiento del término previsto del contrato, evento en la cual debe examinarse si existen obligaciones pendientes a cargo de las partes.

Por consiguiente, para efectos de dar pleno cumplimiento al objeto y los términos pactados en el contrato le informo por concepto de prestaciones e indemnizaciones laborales a favor de los trabajadores de la ESE a quienes el Gobierno Nacional les suprimió los cargos mediante el Decreto 776 del 16 de marzo de 2006, a la fecha existen 446 pagos pendientes por una cuantía aproximada de \$17.877.854.980.00, pagos que deben efectuarse con cargo a los recursos del encargo fiduciario, razón por la cual, de manera comedida le solicitó provisionar este valor y establecer e informar si existe algún saldo de recursos remanentes a girar a la Nación, con el fin de efectuar la correspondiente apropiación presupuestal de conformidad a lo pactado en el parágrafo tercero de la cláusula quinta del encargo fiduciario". (Resaltado fuera de texto).

Por oficio 930874 fechado el 5 de octubre de 2006 suscrito por el Director y la Coordinadora de Negocios Fiduciarios de LA FIDUCIARIA y radicado en la ESE el 6 de octubre de 2006 LA FIDUCIARIA informó al Liquidador de la ESE:

"... en atención a la solicitud realizada por el Ministerio de la Protección Social y por la Nación, y en virtud de las cláusulas primera, cuarta, parágrafo cuarto de la cláusula quinta y cláusula décimo sexta del contrato de encargo fiduciario, atentamente nos permitimos remitir el soporte del giro por concepto de devolución de recursos no utilizados del Contrato de Empréstito a la Nación, por valor de \$5.281.433.780.00. Al respecto anotamos que en las cuentas del encargo fiduciario se encuentran provisionados recursos por valor de \$596.755.522 por los siguientes conceptos:"

Indica que mediante el oficio 931179 fechado el 9 de octubre de 2006 suscrito por el Director y la Coordinadora de Negocios Fiduciarios de LA FIDUCIARIA y radicado en la ESE el 11 de octubre de 2006, la Fiduciaria informó al Liquidador de la ESE que:

"Dando cumplimiento al numeral 8 de la cláusula tercera del convenio de desempeño, atentamente nos permitimos remitir certificación de los pagos realizados por la Fiduciaria con cargo a los recursos administrados en el encargo fiduciario citado de la referencia, para el mes de septiembre de 2006, con el fin de remitirla al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"Anotamos que para este mes se realizó la devolución de los recursos no utilizados por la E.S.E. a la Nación por valor de \$5.281.433.780, quedando a la espera del levantamiento de 3 embargos por parte de los juzgados y las instrucciones por parte de Ministerio de la Protección Social de 2 pagos suspendidos por solicitud del Interventor".

Manifiesta que mediante comunicado LIQ 1172 del 17 de octubre de 2006, el Liquidador de la ESE dio respuesta al citado oficio 930874 suscrito por el Director y la Coordinadora de Negocios Fiduciarios de LA FIDUCIARIA manifestándole que:

"En respuesta a su oficio No. 930473 fechado 29 de septiembre de 2006 dirigido al Dr. José Eladio Garzón, Interventor ESE Ministerio de la Protección Social y recibido como copia en esta empresa el 3 de octubre de 2006 a las 5:33 p.m., en el cual manifestaba que "para determinar el valor a girar a la Nación es necesario establecer y provisionar el valor de los pagos que se encuentren pendientes, así como los embargos que recaen sobre los recursos del Fideicomiso", mediante comunicación LIQ 966 de 4 de octubre de 2006, informé que por concepto de prestaciones e indemnizaciones laborales a favor de los trabajadores de la ESE a quienes el Gobierno Nacional les suprimió sus cargos mediante el Decreto 776 del 16 de marzo de 2006, existían 446 pagos pendientes por una cuantía aproximada de \$17.877.854.980, pagos que debían efectuarse con cargo a los recursos del encargo fiduciario, razón por la cual solicité a la Fiduciaria que provisionara este valor y estableciera e informara si existía algún saldo de recursos remanentes a girar a la Nación, con el fin de efectuar la correspondiente apropiación presupuestal de conformidad a lo pactado en el parágrafo tercero de la cláusula quinta del encargo fiduciario.

"Lo anterior, teniendo en cuenta que en el parágrafo cuarto de la cláusula quinta y la cláusula décima cuarta del encargo fiduciario, las partes acordaron que la devolución a la Nación de los recursos remanentes, procedería luego de cumplir con la destinación de los recursos y/o en las fechas límites establecidas en el contrato de empréstito u otrosí correspondientes y que, dos de la causales de terminación del contrato eran haberse ejecutado completamente su objeto o agotados los bienes objeto de administración y, el vencimiento del término previsto en el contrato, evento en el cual debía examinarse si existían obligaciones pendientes a cargo de las partes.

"No obstante lo anterior, el pasado 6 de octubre a las 12.50 p.m., se recibió la comunicación No. 930874 fechada el 5 de octubre del 2006, radicada en esta empresa bajo el correspons No. 2170, en la que la Fiduciaria remite los soportes del giro por concepto de devolución a la Nación de \$5.281.433.780, manifestando que el pago se efectuó en atención a la solicitud realizada por el Ministerio de la Protección Social y la Nación y en virtud de las cláusulas primera, cuarta, parágrafo cuarto de la cláusula quinta y cláusula décima sexta del contrato de encargo fiduciario.

"Al respecto, como FIDEICOMITENTE del contrato de encargo fiduciario, le comunico total inconformidad y desacuerdo con el pago realizado por esa Fiduciaria, por las siguientes razones:

1. "INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE FIDUPOPULAR DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO

"El pago efectuado no se encuentra ajustado a lo pactado en el Contrato de Encargo Fiduciario suscrito el 30 de noviembre de 2005. Si bien usted manifiesta que el pago se ajustó a lo establecido en las cláusulas primera, cuarta, parágrafo cuarto de la cláusula quinta y cláusula décimo sexta del contrato de encargo fiduciario, es de aclarar que ninguna de las citadas cláusulas facultan a Fidupopular a realizar dicho giro; así mismo, el contrato se encuentra en ejecución, prorrogado mediante otrosí No. 1 por nueve meses contados a partir del 22 de junio de 2006 y todavía no se ha cumplido con la destinación de los recursos provenientes del Contrato de Empréstito, tal como le fue informado a esa fiduciaria mediante comunicación 966 del 4 de octubre de 2006.

"Adicionalmente, considero oportuno resaltar que de acuerdo con el contrato de Encargo Fiduciario, el ordenador del gasto de los recursos que conforman el fideicomiso es exclusivamente la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN, independiente de la ratificación que debe impartir el Ministerio de la Protección Social. Con base en lo anterior, mediante comunicación del 31 de julio de 2006 (anexo), el Dr. Nelson Guzmán Villegas, como Gerente Liquidador de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN, informó a la Fiduciaria que mediante Decreto 2505 del 29 de julio de 2006 la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA había entrado en Liquidación y de manera clara se advirtió que a partir de la fecha, cualquier disposición de los encargos, sólo podía efectuarse con la autorización expresa del Liquidador.

"Cabe resaltar que de acuerdo con la literalidad del contrato de fiducia y en especial las normas que regulan el proceso liquidatorio de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA "EN LIQUIDACIÓN", cualquier persona diferente del Liquidador carece de legitimidad y competencia para disponer de los recursos de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN, como los depositados en la Fiduciaria Popular S.A.

"Así mismo, es importante resaltar que una vez revisado el contenido de la comunicación No. 002331 del 27 de julio de 2006 suscrita por el Ministro de la Protección Social, en ningún momento se evidencia que el Ministro haya impartido a la Fiduciaria una instrucción para que reintegrara los recursos remanentes del encargo, pues, en primer lugar, la comunicación en mención está dirigida a la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y de otra parte, el Ministro de manera clara manifestó que los recursos serán reintegrados a la Nación una vez se expida el decreto de supresión y se definan los trámites correspondientes para efectuar el reintegro, trámites que necesariamente conllevan el respeto de la finalidad y destinación específica de los recursos que se le encomendaron a Fidupopular.

2. "DESCONOCIMIENTO DE LAS INSTRUCCIONES IMPARTIDAS POR LA ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION

"Fiduciaria Popular desconoció la instrucción que se le impartió mediante las comunicaciones enviadas el 31 de julio de 2006, en las cuales se le informaba que mediante Decreto 2505 del 29 de julio de 2005 el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 25 de artículo 189 de la Constitución Política, había ordenado la supresión y liquidación de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, y de manera clara se le instruyó para que a partir de dicha fecha, la única firma autorizada para cualquier tipo de transacción en los encargos fiduciarios Números 450-72072-7 y 946-966-39, era Nelson Guzmán Villegas, como Gerente Liquidador, advertencia que también se efectuó al público en general en los

avisos emplazatorios a través de los diarios de circulación nacional como *El Tiempo* el día 3 y 18 de agosto de 2006 y *El Herald* en los días 3 y 19 de agosto de 2006. Igualmente, no se atendió las instrucciones que la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION le impartió en la comunicación LIQ 966 del 04 de octubre de 2006, en respuesta a la solicitud que efectuó esa Fiduciaria mediante comunicación No. 930473 del 29 de septiembre de 2006, radicada en esta empresa bajo el correes No. 1996 del 03 de octubre de 2006.

"Observando el comprobante de pago del giro realizado por Fidupopular, se comprueba que el mismo fue realizado el 29 de septiembre de 2006, es decir, el mismo día del oficio en el que solicitaba instrucciones al Interventor del Contrato de Fiducia, copia que fue radicada en la ESE el 3 de octubre de 2006, persona que de acuerdo con lo establecido en la cláusula quinta del contrato de encargo fiduciario, no ostenta la calidad ni de representante legal de la ESE, ni de ordenador de pagos, ya que solamente es ratificador de los pagos previamente ordenados por la ESE.

"En virtud de lo anterior le solicito reintegrar inmediatamente los \$5.281.433.780 a las cuentas de los encargos fiduciarios afectados y se garantice la causación y pago de intereses pactados en el contrato, recursos que se requieren de manera urgente para atender el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones de los 446 trabajadores a quienes se les suprimió el cargo a partir del 4 de septiembre de 2006, en cumplimiento de lo ordenado por el Decreto 776 del 16 de marzo de 2006, pagos que se debe realizar a más tardar el próximo 3 de noviembre, entre quienes cabe resaltar el caso del señor ADONICEL TERAN MERCADO a quien el Juzgado Cuarto Penal Del Circuito de Barranquilla le tuteló sus derechos fundamentales ordenando a la ESE en liquidación pagar dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, las prestaciones sociales y la indemnización por valor de \$998.283 y \$20.592.842, respectivamente.

"Se anexa certificación del Coordinador de la Central de Correspondencia de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA En LIQUIDACIÓN del 11 de octubre de 2006, que no se ha recibido ni radicado las copias de los oficios No 2-2006-024075 y No 2-2006-02446 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ni el oficio IEF-055/06 de la Fiduciaria Popular S.A.

"Finalmente, por expresa disposición legal, todos los acreedores deben presentar reclamación de sus créditos para que sean reconocidos de acuerdo con la normatividad legal, obligación que cumplió la Nación al someterse voluntariamente al proceso liquidatorio, quien aceptó que a ningún acreedor se le puede pagar en forma especial, so pena de vulnerar el derecho la igualdad. Por consiguiente, de ninguna manera se puede aceptar que un tercero pague obligaciones reclamadas dentro del proceso liquidatorio y sin haber surtido el trámite de reconocimiento de créditos, pues en tal caso no solamente se desconoce el convenio de fiducia, sino que se infringe el régimen legal que regula el proceso liquidatorio".

Indica que mediante comunicado LIQ 1185 del 17 de octubre de 2006, el Liquidador de la ESE dio respuesta al citado oficio 696966 suscrito por el Director y la Coordinadora de Negocios Fiduciarios de LA FIDUCIARIA manifestándole que:

"Estando vigente el plazo de ejecución del contrato de encargo fiduciario hasta el 22 de marzo de 2007 y teniendo en cuenta:

- 1. "Que no se ha cumplido el objeto contractual del mismo;*
- 2. "Que es el Fideicomitente, quien actúa en la condición de Apoderado del Liquidador, la única persona con quien se debe entender la Fiduciaria y quien puede autorizar transacciones que afecten los recursos del encargo fiduciario;*
- 3. "Que en el informe de la gestión del manejo fiduciario correspondiente al mes de septiembre de 2006, se registra que "la Fiduciaria realizó el giro de los recursos a la Nación por CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETESIENTOS OCHENTA PESOS (\$5.281.433.780.00); y*
- 4. "Que el Fideicomitente no tuvo conocimiento ni autorizó previamente la transacción efectuada a mutuo propio por la Fiduciaria,*

"Presento objeción al informe y actuación unilateral de la Fiduciaria, solicitando de manera expresa se efectúe el reintegro de los \$5.281.433.780.00 retirados por la misma del encargo fiduciario, junto con los intereses que se causen desde la fecha de la transacción y el reintegro de los recursos en cuestión."

Afirma que LA FIDUCIARIA presentó en forma extemporánea los informes del encargo fiduciario de los meses octubre, noviembre, diciembre de 2006, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2007.

Indica que LA FIDUCIARIA no presentó el informe del encargo fiduciario del mes de enero de 2007.

Pone de presente que la ESE objetó los informes del encargo fiduciario de los meses octubre, noviembre, diciembre de 2006, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2007, con fundamento en lo expuesto en las comunicaciones LIQ 966 del 4 de octubre de 2006, LIQ No 1172 del 17 de octubre de 2006 y LIQ 1185 del 17 de octubre de 2006.

Indica que mediante comunicado LIQ 3112 del 4 de enero de 2007, el Liquidador de la ESE dio respuesta al oficio 937420 del 29 de diciembre de 2006 suscrita por el representante legal de LA FIDUCIARIA manifestándole que:

"Acuso recibo de su comunicación de la referencia, en la que Fidupopular ratifica su posición en el sentido de que no hay lugar a la devolución a la ESE Jose Prudencio Padilla de los

\$5.281.433.780.00, debido a que en su opinión la restitución que realizó la Fiduciaria se efectuó en cumplimiento de la instrucción impartida de manera "clara e indiscutible" en la cláusula Decimosexta del contrato de Encargo Fiduciario.

"Al respecto, considero importante manifestarle que la ESE Jose Prudencio Padilla en Liquidación tampoco comparte el nuevo argumento esbozado por la fiduciaria para justificar su actuación, por cuanto la devolución de los recursos remanentes a la Nación contractualmente quedó condicionada a que el contrato se encontrara terminado, circunstancia que no se ha presentado ni verificado. Adicionalmente, se reitera que en todo caso dicha restitución solamente podía efectuarse validamente con el previo concepto, aval o autorización del Fideicomitente, es decir, de la ESE Jose Prudencio Padilla en Liquidación.

"En cuanto al concepto emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 13 de diciembre de 2006, estimo conveniente resaltar que, además de que de conformidad con el artículo 25 del C.C.A. no tiene carácter vinculante, la ESE Jose Prudencio Padilla en Liquidación tampoco lo comparte, ya que en todo momento se ha dejado expresamente claro que los recursos cuya devolución se ha solicitado se requieren y se destinarán exclusivamente para el pago de las obligaciones laborales adquiridas por esta empresa con ocasión y en desarrollo del Proceso de Reestructuración en el que se expidió el Decreto 776 del 2006, mediante el cual se suprimieron los cargos para llevar a cabo a Reestructuración de la ESE Jose Prudencio Padilla..."

Afirma que mediante comunicación 5.5.1.- 0431 del 23 de abril de 2007 y suscrita por el Coordinador Grupo de Servicio de la Deuda de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, dirigida a la Vicepresidenta de Negocios Jurídicos Fiduciarios de la FIDUCIARIA POPULAR S.A., cuya copia fue radica en la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN el 30 de abril de 2007, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó a la Fiduciaria Popular S.A. "efectuar el reintegro a la Nación de los recursos objeto del Crédito de Presupuesto otorgado por la Nación a la ESE Jose Prudencio Padilla, existentes en dicha fiducia al 6 de marzo de 2007".

Mediante comunicado LIQ 7727 del 4 de mayo de 2007, el Liquidador de la ESE manifestó a la Vicepresidenta de Negocios Jurídicos Fiduciarios de LA FIDUCIARIA:

"Acuso recibo de la comunicación de la referencia remitida a su Despacho con copia a la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, respecto de la que de manera respetuosa me permito reiterar la instrucción impartida en nuestra doble condición de fideicomitente y de Director del proceso concursal y universal de liquidación, en el sentido de que, so pena de asumir la correspondiente responsabilidad por incumplimiento contractual e infringir las normas de orden público que regulan el proceso liquidatorio, a la Fiduciaria le queda rotundamente prohibido efectuar pagos, reembolsos o transferencias de los recursos del fideicomiso que son de propiedad de esta empresa y están afectos a la destinación específica de atender las obligaciones laborales originadas en la desvinculación del personal en desarrollo del proceso de

reestructuración de la ESE José Prudencio Padilla, hoy en Liquidación.

"Por consiguiente, de manera oportuna, formalmente le manifestamos que la solicitud devolución elevada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien contractualmente es meramente el beneficiario residual del fideicomiso, no es procedente puesto que a la fecha, tal y como le he informado en repetidas oportunidades, se encuentran insolutas las obligaciones a favor de los principales y prevalentes beneficiarios del encargo, que no son otros distintos a los trabajadores que fueron desvinculados en desarrollo de la reestructuración de la ESE".

Indica que mediante comunicado LIQ 7761 del 4 de mayo de 2007, el Liquidador de la ESE manifestó a la Representante Legal de LA FIDUCIARIA:

"Como es bien sabido por ustedes mediante Decreto 776 de 2006, fueron suprimidos 776 cargos, expresando en los considerandos de las resoluciones de liquidación de prestación sociales e indemnizaciones que existía el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal para atender dichas liquidaciones, las cuales ascienden al valor de \$27.708.775.976.

"Este certificado de disponibilidad presupuestal, tuvo como respaldo los empréstitos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por valor de \$33.354.000.000 mas una adición de \$11.953.521.000, para un total de \$45.307.521.000; de los cuales solo giro con cargo al encargo fiduciario entre la ESE José Prudencio Padilla y Fidupopular, el valor de Quince mil ochocientos setenta y tres millones de pesos M/cte (\$15.873.000.000.00) con la finalidad de respaldar el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones generadas por la desvinculación del personal de la empresa mediante Decreto 776 de 2006, generando un déficit de \$11.835.775.976, que ha tenido que ser asumido directamente por los activos de la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación.

"De los \$27.708.775.976, a la fecha se ha cancelado la suma de \$26.402.634.885 y están pendientes por pago 28 personas por valor de \$1.306.141.091, este valor incluye 3 tutelas asumidas con los recursos de la ESE.

"Por consiguiente, la totalidad de los recursos que reposaban y están en poder de la fiduciaria están afectos a la cancelación de las obligaciones laborales en la reestructuración.

"Por lo anteriormente expuesto, esta fiducia debe reintegrar los valores asumidos por la empresa en liquidación, ya que esto afecta el presupuesto del proceso liquidatorio".

Mediante memorando 946531 fechado el 10 de mayo de 2007, LA FIDUCIARIA, informó que "no es viable suscribir la prórroga del contrato de la referencia, en atención a que el Ministerio de Hacienda (...) no otorgó la aprobación que se requiere (...)", prórroga que había sido solicitada por la ESE.

Resalta que mediante comunicado LIQ 8653 del 1 de junio de 2007, el Liquidador de la ESE manifestó al Coordinador Grupo de Servicio de la Deuda de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional que:

"ASUNTO: Aplicación de los recursos transferidos por Fidopopular el 29 de septiembre de 2006.

"Acuso recibo de su comunicación 2-2007-013515 del 25 de mayo del 2007, radicada en esta entidad bajo el correes 12690, del 29 de mayo del año en curso, mediante la cual se da respuesta a nuestra solicitud elevada con el oficio LIQ 7843 del 7 de mayo del 2007, referente a la certificación de la destinación o aplicación dada en la contabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a los 5.281 millones que fueron transferidos por Fiduciaria Popular al Tesoro Nacional el 29 de septiembre de 2006.

"Al respecto le comunico que la aplicación de los \$1.317.834.320 y \$1.288.437.225 por concepto de intereses y de los \$2.675.162.235 como abono a la primera cuota de amortización con vencimiento el 22 de diciembre del 2007, por no contar con el consentimiento de la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación no es aceptada, máxime cuando dicha aplicación se produjo el 29 de septiembre del 2006, es decir, con posterioridad al inicio del proceso de liquidación en el cual, por expresa disposición legal, en todo momento se debe respetar la igualdad de los acreedores y las prelación legales para el pago."

Por comunicación del 31 de mayo de 2007, el Liquidador de la ESE manifestó a la Vicepresidente de Negocios Fiduciarios de LA FIDUCIARIA:

"ASUNTO: Negación de Prorroga y Liquidación del Contrato.

"Mediante comunicación 946531 del 10 de mayo de 2007, recibida en esta entidad el 17 de mayo en curso, la Fiduciaria Popular S.A. informó que no es viable suscribir la prórroga del contrato Encargo Fiduciario con la ESE José Prudencio Padilla, debido a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no otorgó la aprobación prevista en la cláusula decimosegunda del mocionado contrato.

"Frente a esta decisión la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, mediante comunicación LIQ 7843 del 7 de mayo de 2007, manifestó a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional que no compartía la interpretación limitada consignada en el concepto jurídico emitido por la Coordinadora de asuntos legales de dicha dirección, puesto que dicho concepto desconoce, entre otros, el artículo 29 del Decreto Ley 254 del 2000, disposición en la que se faculta al Liquidador para continuar con los contratos celebrados con anterioridad al Decreto que ordena la liquidación si estos se requieren, como en efecto sucede con el contrato de Encargo Fiduciario.

"Igualmente, mediante comunicación LIQ 7841 del 8 de mayo de 2007, la ESE Jose Prudencio Padilla en Liquidación informó a la Fiduciaria Popular S.A., que ante la negación de la prórroga del contrato por circunstancias ajenas a este Despacho, en ejercicio

del derecho constitucional de Petición le solicitaba el envío del estado final de los recursos del encargo, junto con el proyecto de Acta para adelantar su liquidación, petición que hasta la fecha no ha sido atendida por la Fiduciaria, razón por la cual nuevamente reiteramos la necesidad de proceder en forma inmediata a realizar todas las gestiones para la adecuada liquidación del contrato.

"Cabe advertir, que en todo caso, en el trámite de liquidación del encargo fiduciario, por expreso mandato de Código del Comercio, la Fiduciaria está obligada legal y contractualmente a efectuar los pagos a los beneficiarios de dicho encargo, es decir, a los extrabajadores de la ESE Jose Prudencio Padilla cuyos cargos fueron suprimidos en el proceso de reestructuración mediante el Decreto 776 del 2006, pagos en los cuales se requiere la actualización de las firmas autorizadas, gestión que la Fiduciaria rechazó mediante comunicación 946633 del 11 de mayo del 2007 radicada en esta entidad bajo el Corres 12311 del 17 de mayo del año en curso, con lo cual, la Fiduciaria nuevamente ha obstruido el cumplimiento de las obligaciones legales del liquidador.

"De acuerdo a lo anterior reiteramos nuestra solicitud de actualización de firmas autorizada elevada en nuestra comunicación del 12 de abril del 2007,..." (resaltado fuera de texto).

Indica que mediante comunicación del 15 de junio de 2007 y suscrita por el Director General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, dirigida a la representante legal de LA FIDUCIARIA, cuya copia fue radicada en la ESE el 21 de junio de 2007, EL MINISTERIO solicitó a LA FIDUCIARIA "efectuar el reintegro a la Nación de los recursos existentes en dicha fiducia".

Por comunicación del 15 de junio de 2007 y suscrita por el Director General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, dirigida al Liquidador de la ESE radicada el 21 de junio de 2007, EL MINISTERIO solicitó a la ESE "ordenar a la Fiduciaria Popular el reintegro a la Nación de los recursos existentes en dicha fiducia".

El Liquidador de la ESE no ordenó, no impartió instrucciones, ni dio su visto bueno para que LA FIDUCIARIA reintegrara a la Nación de los recursos existentes en el encargo fiduciario.

El Ministerio de Protección Social no impartió instrucciones ni dio su visto bueno para que LA FIDUCIARIA reintegrara a la Nación de los recursos existentes en el encargo fiduciario.

El 22 de junio de 2007, con cargo a los recurso del encargo fiduciario de la ESE, LA FIDUCIARIA consignó en la cuenta 61011136, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional, la suma de seiscientos sesenta y cinco millones ciento cincuenta y cinco mil ochenta y cuatro pesos (\$665.155.084).

A través de comunicación 949875 fechado el 25 de junio de 2007, radicado en la ESE el 9 de julio de 2007, la representante legal de LA FIDUCIARIA, informó:

"En respuesta a las solicitudes efectuadas mediante las ordenes de pago de la referencia, nos permitimos reiterarle que - como se lo hemos manifestado en nuestra comunicación No 946531 de fecha 10 de mayo de 2007, en virtud de la terminación del Contrato de Encargo Fiduciario el pasado 22 de Marzo de 2007, - por la negativa del Ministerio de Hacienda a prorrogar el plazo previsto - hemos devuelto la suma de \$665.155.084,48 a la Nación - Ministerio de Hacienda - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, según lo previsto en la cláusula décima sexta de dicho Contrato. En efecto, al producirse la terminación del Contrato de Encargo Fiduciario por expiración del plazo, la Fiduciaria procedió de conformidad con lo establecido en su texto, devolviendo los recursos mencionados a la entidad establecida en él.

"De otra parte, y precisamente en virtud de la terminación de dicho Contrato, la Fiduciaria no puede en adelante seguir atendiendo sus solicitudes, ya que éstas sólo podían efectuarse dentro del marco del Contrato de Encargo Fiduciario. Al haberse producido su terminación, resulta jurídicamente inviable para la Fiduciaria atender las órdenes de pago remitidas por usted después de su fecha de terminación, esto es, después del 22 de Marzo de 2007."

Por comunicación 949875C fechada el 25 de junio de 2007, radicado en la ESE el 9 de julio de 2007, la representante legal de LA FIDUCIARIA, informó:

"De conformidad a su solicitud, adjunto encontrará la certificación en la que consta, según la contabilidad del mismo, el estado final de los recursos del encargo fiduciario suscrito entre esta Fiduciaria y la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación. Así mismo estamos enviando el proyecto de acta para adelantar la liquidación del Contrato de Encargo Fiduciario.

"En cuanto a su solicitud relacionada con la actualización de firmas autorizadas, a fin de efectuar los pagos a los beneficiarios del Encargo Fiduciario, "pagos en los cuales se requiere la actualización de las firmas autorizadas", nos permitimos informarle que en virtud de la terminación de dicho contrato por razones ajenas a nuestra voluntad, la Fiduciaria no puede atender su requerimiento, tal como lo expresamos en comunicación de la fecha."

Mediante comunicado LIQ 11215 del 17 de agosto de 2007, el Liquidador de la ESE manifestó a la representante legal de LA FIDUCIARIA:

"REFERENCIA: Objeción informe de cuenta encargo fiduciario

"De acuerdo con las objeciones que sobre el tema se han efectuado a los informes mensuales del encargo fiduciario, nuevamente y para el caso del informe con corte a junio 30/07, donde por segunda vez la Fiduciaria en forma unilateral efectúa un nuevo retiro de fondos del encargo fiduciario en cuantía de \$667.0 millones, sin el consentimiento del Fideicomitente, con la presente les reiteramos la objeción por las razones indicadas en nuestras comunicaciones LIQ 1185 de octubre 18/06 y LIQ 1927 de noviembre 10/06 y siguientes de meses posteriores.

"Adicionalmente, y para una mayor precisión de la objeción referida citamos la Cláusula Cuarta del contrato sobre Obligaciones de la Fiduciaria - Numeral 6: "Efectuar los pagos ordenados por EL FIDEICOMITENTE, previa aprobación y aval del Ministerio de la Protección Social". Como se desprende, el procedimiento contractual, como es usual en el medio y dada la responsabilidad de medio que deben observar las instituciones fiduciarias, toda afectación de recursos del encargo fiduciario, debe tramitarse con la anuencia del Fideicomitente.

"En cuanto al proyecto de acta de liquidación del contrato, según comunicación de esa Fiduciaria No 949875C de junio 25/07 con radicado interno CORRES 14723 de julio 9/07, les manifestamos el desacuerdo respecto del contenido de la misma, por las razones objetadas y en consecuencia actuaremos conforme a lo previsto en la Cláusula Décimo Séptima del contrato que reza: "Las controversias que se susciten entre las partes con ocasión del presente contrato serán sometidas a la decisión de un árbitro único. El árbitro será designado por las partes".

"En consideración a lo anterior, y dado que no se ha logrado el equilibrio contractual como consecuencia de las reiteradas actuaciones y solicitudes respetuosas invocadas por ese despacho en múltiples que reposan en sus archivos, les informamos que se ha decidido adelantar las acciones legales que correspondan ante esa Fiduciaria para defender el interés legal y económico del proceso liquidatorio en procura de restituir la igualdad entre los acreedores con la restitución de los recursos afectos a la masa de la liquidación por las actuaciones unilaterales de la Fiduciaria".

Indica que por lo anterior LA FIDUCIARIA, incumplió las obligaciones pactadas en los numerales 1, 4, 5, 6, 9, 11, 20 y 22 de la cláusula cuarta y en la cláusula quinta del Encargo Fiduciario.

1.4.2.2 Las pretensiones de la demanda principal

En su demanda arbitral LA CONVOCANTE, formuló las siguientes:

“Formulo demanda para que se declare el incumplimiento del “Contrato de Encargo Fiduciario”, suscrito el 30 de noviembre de 2005 entre la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, hoy en liquidación, y se condenen a la FIDUCIARIA POPULAR S.A. a indemnizar los perjuicios. Por consiguiente, respetuosamente solicito que se hagan las siguientes declaraciones y condenas.

PRIMERA. Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., incumplió la obligación pactada en la cláusula cuarta, numeral primero (1), en la que se comprometió a realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución del objeto del contrato de encargo fiduciario.

SEGUNDA. Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., incumplió la obligación pactada en la cláusula cuarta, numeral quinto (5), en la que se comprometió a efectuar los pagos ordenados por EL FIDEICOMITENTE.

TERCERA. Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., incumplió la obligación pactada en la cláusula cuarta, numeral sexto (6), en la que se comprometió a llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos y preveer los mecanismos y medidas de conservación o recuperación de los mismos y salir en su defensa ante los eventos de actos de terceros.

CUARTA. Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., incumplió la obligación pactada en la cláusula cuarta, numeral noveno (9), en la que se comprometió a abstenerse de efectuar pagos cuya destinación no se enmarque dentro del objeto del contrato de encargo fiduciario.

QUINTA. Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., incumplió la obligación pactada en la cláusula cuarta, numeral once (11), en la que se comprometió a realizar los pagos únicamente a los beneficiario finales, por concepto de cancelación de indemnizaciones, liquidación de prestaciones sociales y demás obligaciones laborales a quienes se les suprimió el cargo, de conformidad con lo previsto en el CONVENIO DE DESEMPEÑO.

SEXTA. Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., incumplió la obligación pactada en la cláusula cuarta, numeral veinte (20), en la que se comprometió a responder a EL FIDEICOMITENTE por las omisiones y errores en los pagos, atribuibles en lo que corresponde con la administración y transacción o traslado de fondos, ordenados por la Fiduciaria.

SEPTIMA. Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., incumplió la obligación pactada en la cláusula cuarta, numeral veintidós (22), en la que se comprometió a presentar a EL FIDEICOMITENTE y al Ministerio de la Protección Social el informe sobre la situación financiera del encargo fiduciario dentro de los diez (10) días siguientes a cada cierre mensual, y el informe consolidado dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación del contrato firmado por un contador público, el revisor fiscal y el representante legal de la Fiduciaria, acompañado de las notas respectivas y del dictamen del revisor fiscal.

OCTAVA: Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., incumplió las condiciones para la realización de los pagos previstas en la cláusula quinta del Encargo Fiduciario relacionadas con: i) el diligenciamiento de las tarjetas de registro de firmas del Fideicomitente en el evento en que se presenten cambios en las personas autorizadas. ii) la verificación de que la orden de pago estuviera suscrita por el ordenados del pago y aprobada y avalada por el Ministerio de Protección Social, iii) la realización de los

pagos con cargo a los recursos del Fideicomiso de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Fideicomitente, y iv) la subordinación de los pagos que debe hacer la Fiduciaria a las apropiaciones presupuestales del Fideicomitente.

NOVENA: Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., incumplió la obligación pactada en la cláusula cuarta, numeral cuarto (4) y en la cláusula tercera, en la que se comprometió a mantener invertidos los recursos en los fondos común ordinario y especiales mientras se destinan al cumplimiento del objeto mismo.

DECIMA: Que se declare que la FIDUCIARIA POPULAR S.A. es responsable al haberse configurado las siguientes causales de incumplimiento previstas en la cláusula décima tercera del contrato fiduciario: i) actuar en forma negligente en la ejecución de los actos necesarios para la finalidad del Encargo Fiduciario, ii) rendir cuentas e informes por fuera de los términos establecidos en el contrato, y iii) no actuar diligentemente en cuanto a la defensa de los bienes fideicomitados, contra actos de terceros, del beneficiario, y aún del fideicomitente.

UNDECIMA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se disponga que la FIDUCIARIA POPULAR S.A., está obligada a pagar a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, hoy en liquidación:

(i) CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS (\$5.281.433.780) valor que corresponde a la suma que el 29 de septiembre de 2006 la FIDUCIARIA POPULAR S.A. dispuso sin consentimiento de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, hoy en liquidación.

(ii) SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$665.155.084) que corresponde a la suma que el 22 de junio de 2007 la FIDUCIARIA POPULAR S.A. dispuso sin consentimiento de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, hoy en liquidación.

(iii) El valor que corresponda a los intereses bancarios corrientes a la tasa máxima legal permitida calculados sobre las sumas a que se hizo referencia en los numerales i) y ii), tomadas nominalmente y liquidados entre el día en que se dispuso de dichas sumas y la fecha en que se produzca la notificación de la demanda a la Fiduciaria convocada;

(iv) El valor que corresponda a los intereses bancarios moratorios a la tasa máxima legal permitida calculados sobre las sumas a que se hizo referencia en los numerales i) y ii), tomadas nominalmente y liquidados entre el día en que se produzca la notificación de la demanda a la Fiduciaria convocada y la fecha en que se realice la devolución efectiva de dichas sumas de dinero;

(v) Las costas que se determinen en el proceso.”

1.5 Contestación de la demanda de LA FIDUCIARIA

En la contestación de la demanda el apoderado de LA FIDUCIARIA se opuso a todas las pretensiones.

En cuanto a los hechos, el apoderado de la parte convocada aceptó unos como ciertos, negó otros y manifestó atenerse a lo probado respecto de otros.

De igual manera propuso las excepciones de mérito que denominó:

1. "Absoluta falta de conexidad entre los hechos y las pretensiones".
2. "Falta de legitimación en la causa".
3. "Inexistencia de responsabilidad".
4. "Cumplimiento cabal del encargo".
5. "Ajuste de la conducta contractual a las normas de derecho público que dispusieron la finalidad de los recursos, objeto de administración.
6. "Conducta diligente de la FIDUCIARIA".
7. "Ausencia de titularidad del derecho material por parte de la demandante.

1.6 Pretensiones del llamamiento en Garantía

En el escrito de llamamiento en garantía el apoderado de LA CONVOCADA, frente al llamado en garantía, Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la siguiente pretensión:

"Con todo respeto y con base en las consideraciones arriba señaladas, solicito al señor Arbitro que se sirva citar a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que en calidad de llamado en garantía de FIDUCIARIA POPULAR S.A., comparezca al proceso de la referencia y en el evento remoto en que la Fiduciaria resulte condenada "a pagar a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, hoy en liquidación" total o parcialmente las sumas que ésta reclama en la pretensión UNDECIMA de la demanda arbitral de la referencia, o a devolverle a cualquier título tales sumas, sea la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público la que efectúe la entrega total o parcial a la ESE, junto con los intereses respectivos desde las fechas en las que la Fiduciaria le devolvió o restituyó los montos que administraba en desarrollo del Encargo Fiduciario ESE José Prudencia Padilla."

1.7 Contestación del llamamiento en garantía.

En el escrito de contestación del llamamiento en garantía, EL MINISTERIO presentó las siguientes "Razones de defensa":

1. "Rentas de destinación específica".
2. "Principio de la legalidad de la Administración Pública".
3. "Ejecución de recursos del presupuesto general de la Nación manejados a través de encargos fiduciarios".
4. "Enriquecimiento sin causa".
5. "Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes".
6. "Reclamación del empréstito en el proceso liquidatorio de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA".

De igual manera propuso como excepciones:

1. Cobro de lo no debido por parte de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION.
2. Inexistencia de responsabilidad de la Fiduciaria Popular S.A. frente a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION.
3. Actuación de la Fiduciaria Popular S.A., conforme a las normas y procedimientos de devolución de los recursos prevista en el contrato de Encargo Fiduciario.
4. Inexistencia del derecho invocado por el demandante.
5. Enriquecimiento sin causa.

1.8 Primera audiencia de trámite

El día 22 de septiembre de 2008 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer el proceso. Contra el proveído el apoderado de LA FIDUCIARIA interpuso recurso de reposición el cual fue decidido negativamente en esa misma audiencia. En efecto, mediante auto de esa misma fecha el Tribunal confirmó en su integridad el auto recurrido.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, en esa misma audiencia, el Tribunal procedió a decretar las pruebas del proceso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 147 del decreto 1818 de 1998.

1.9 Pruebas

Dentro de la Primera Audiencia de Trámite, que tuvo lugar el 22 de septiembre de 2008, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron en su integridad salvo las que fueron desistidas por el peticionario.

1.10 Alegaciones de las partes

En audiencia celebrada el 12 de mayo de 2009, de conformidad con lo decidido por el Tribunal oportunamente, se dio cumplimiento al artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, oyéndose las alegaciones de las partes en intervenciones orales que fueron resumidas en escritos presentados en la misma audiencia y que obran en el expediente. En la misma audiencia se señaló fecha y hora para la audiencia de laudo.

1.11 Intervención del Procurador

El señor procurador, en escrito presentado el 2 de junio de 2009 solicitó al Tribunal denegar las pretensiones de la demanda y concluyó que:

“Esta Procuraduría considera que una vez los recursos que fueron desembolsados como consecuencia de la celebración del contrato de empréstito condonable, **tenían una destinación específica** -la cual no puede ser modificada-, cuya finalidad era el otorgamiento de créditos (condonables) para apoyar los gastos de **reestructuración de las E.S.E.**, pero en ningún momento la norma señaló que tales créditos podrían ser destinados para financiar la liquidación de dichas empresas. Es por ello, que de no ser cumplida la condición de condonabilidad la cual hace parte del Convenio de Desempeño, los recursos (créditos) deben ser devueltos a la Nación.

Dicha restitución fue realizada de conformidad a lo ordenado en el Parágrafo Segundo de la Clausula Segunda del Contrato de Empréstito suscrito el 22 de diciembre de 2004 y en la Cláusula Décima Sexta del Contrato del Encargo Fiduciario, el cual es ley para las

partes "los recursos recibidos y los rendimientos generados que **no hayan sido utilizados con los propósitos establecidos**, dentro del plazo contemplado en el contrato de empréstito y los otros que se celebren al mismo", debían ser reintegrados a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En conclusión, esta Agencia del Ministerio Público considera que las pretensiones de la demanda arbitral no deben prosperar, toda vez que los recursos son de propiedad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y éstos deben ser utilizados de una manera determinada, para los fines que previamente estableció la ley".

1.12 Término del proceso

Por no existir término especial pactado por las partes en la cláusula compromisoria y de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el presente proceso arbitral tiene una duración de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, diligencia que se realizó el 22 de septiembre de 2008. En tales circunstancias el término del proceso se vencería el 22 de marzo de 2009. Sin embargo, las partes solicitaron, de común acuerdo, la suspensión del proceso en los siguientes periodos:

- a). Del 23 de septiembre de 2008 al 6 de octubre de 2008 - 14 días
- b). Del 16 de diciembre de 2008 al 15 de enero de 2009 - 31 días
- c). Del 20 de marzo de 2009 al 23 de marzo de 2009 - 4 días
- d). Del 27 de marzo de 2009 al 11 de mayo de 2009 - 46 días
- e). Del 13 de mayo de 2009 al 2 de junio de 2009 - 21 días

Para un total de días suspendidos de 116.

Por lo anterior, el término para proferir laudo se vencería el 16 de julio de 2009.

En estas condiciones, el presente laudo se profiere dentro del término legal.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES

Para entrar en el análisis de las cuestiones sometidas a su conocimiento, el Tribunal resalta que, para la ESE, LA FIDUCIARIA incumplió el contrato por tres grandes razones: a) En la medida en que entregó los recursos que estaban en el encargo fiduciario a EL MINISTERIO en contra de las órdenes del fideicomitente, y contrariando el contrato mismo y las normas relativas a la liquidación, b) En razón a que no rindió los informes a los estaba obligado y, c) Por cuanto no invirtió los recursos del encargo, mientras se destinaban al propósito pactado, en la forma estipulada.

Por su parte, el apoderado de LA FIDUCIARIA expuso frente al primer incumplimiento que la conducta de LA CONVOCADA se ajustó a las previsiones contractuales referentes a la devolución de recursos, añadiendo que el contrato había terminado en el momento en que la ESE entró en liquidación por cuanto se hizo imposible realizar los fines del contrato, considerando además que su conducta tenía respaldo en la ley; frente al segundo incumplimiento aceptó los hechos alegados; y frente al tercer incumplimiento manifestó que LA FIDUCIARIA cumplió con la forma de invertir los recursos.

Visto lo anterior, el Tribunal procede al análisis de las cuestiones sometidas a su consideración.

2.1 EL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO Y SUS PARTES, Y SU RELACIÓN CON EL CONTRATO DE EMPRÉSTITO Y EL CONVENIO DE DESEMPEÑO Y CON LAS PARTES DE ÉSTOS.

Las diferencias puestas a consideración de este Tribunal de arbitramento giran en torno al incumplimiento alegado por LA CONVOCANTE de las obligaciones de LA FIDUCIARIA, contenidas

en el contrato denominado "ENCARGO FIDUCIARIO DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS CELEBRADO ENTRE LA E.S.E JOSE PRUDENCIO PADILLA Y FIDUCIARIA POPULAR", celebrado el 30 de noviembre de 2005.

A fin de resolver las pretensiones y excepciones formuladas por las partes, en los respectivos escritos, el Tribunal comenzará por precisar y analizar los elementos relevantes del mencionado contrato.

2.1.1 Las partes del contrato

Es necesario precisar que EL MINISTERIO no es parte del encargo fiduciario encomendado por la ESE a LA FIDUCIARIA y cuya ejecución ha generado este litigio; y que LA CONVOCADA, a su vez, no es parte del contrato de empréstito ni del convenio de desempeño celebrados entre la ESE y EL MINISTERIO llamado en garantía por LA FIDUCIARIA. Hecha esta precisión, cuyos efectos sustantivos y procesales son de importancia para este laudo, se debe examinar el sentido y alcance del encargo, del contrato y del convenio indicado, así como la relación entre éstos y aquél, en el ámbito definido por la cláusula compromisoria, por las pretensiones planteadas al Tribunal y por la contestación al llamamiento en garantía.

2.1.2 El objeto del contrato y su relación con el convenio de desempeño y el empréstito.

De acuerdo con el contrato de encargo, su objeto era el siguiente:

"CLAUSULA PRIMERA.- OBJETO.- El presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA tiene por objeto la administración y pago por parte de LA FIDUCIARIA en nombre y por cuenta de EL FIDEICOMITENTE de los recursos entregados por LA NACION en desarrollo de EL CONTRATO DE EMPRÉSTITO, que serán destinados por EL FIDEICOMITENTE para el pago de indemnizaciones, liquidaciones y prestaciones sociales y demás obligaciones laborales a quienes se le suprime el cargo, de conformidad con lo previsto en el CONVENIO DE DESEMPEÑO y en el CONTRATO DE EMPRESTITO".

Y para apreciar el alcance de dicho objeto, debe destacarse el numeral 7°. de la cláusula tercera del convenio de desempeño, a cuyo tenor la ESE se obligaba a:

“7. Suscribir contrato de fiducia, cuya remuneración se financiará con recursos propios de la ESE, para la administración de los recursos de reestructuración y que se destinarán al pago de las indemnizaciones, liquidaciones y obligaciones a que haya lugar”

De la lectura armónica de los acuerdos mencionados, se concluye que la relación entre el encargo fiduciario y el contrato de empréstito no eliminó la autonomía del encargo ni convirtió al MINISTERIO en parte del mismo.

2.1.3 El perfeccionamiento del contrato de empréstito

De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, aplicable a la celebración del empréstito:

“ARTICULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

(...)

PARAGRAFO 2o. OPERACIONES DE CREDITO PUBLICO. Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales...”

De otro lado, el Decreto 2681 de 1993 establece que:

Artículo 1°.- *Ambito de aplicación.* El presente Decreto se aplica a las operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones propias del manejo de la deuda pública y las conexas con las anteriores, de que trata el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que realicen las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la mencionada ley.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en relación con las operaciones que, dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal.

Artículo 3°.- *Operaciones de crédito público.* Son operaciones de crédito público los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago.

Dentro de estas operaciones están comprendidas, entre otras, la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de entidades estatales.

Para efectos de lo dispuesto en el presente Decreto, las operaciones de crédito público pueden ser internas o externas. Son operaciones de crédito público internas las que, de conformidad con las disposiciones cambiarias, se celebren exclusivamente entre residentes del territorio colombiano para ser pagaderas en moneda legal colombiana. Son operaciones de crédito público externas todas las demás. Se consideran como residentes los definidos en el artículo 2o. del Decreto 1735 de 1993 y las demás normas que lo complementen o modifiquen”.

Artículo 7°.-*Contratos de empréstito.* Son contratos de empréstito los que tienen por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago.

Los empréstitos se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos. Su celebración se sujetará a lo dispuesto en los artículos siguientes. Aclarado Decreto 620 de 1994 Operaciones de Crédito Público.

Parágrafo.- De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los sobregiros están autorizados por vía general y no requerirán los conceptos allí mencionados”.

En relación con el perfeccionamiento, el citado decreto dispone:

“Artículo 37°.- *Perfeccionamiento y publicación.* Las operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones de manejo de la deuda y las conexas con las anteriores, se perfeccionarán con la firma de las partes”.

En forma acorde con las normas que le eran aplicables y a las que se remitieron de manera expresa en el empréstito, la ESE y el MINISTERIO estipularon que:

“CLAUSULA DECIMA NOVENA: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto No. 2681 de 1993, el presente CONTRATO DE EMPRESTITO se perfecciona con la firma de las partes...”

Una vez perfeccionado el empréstito, hecho éste que se encuentra probado y que tuvo lugar de conformidad con las normas citadas, surgieron a cargo y a favor de las partes obligaciones y derechos propios del mismo. Y hay que

destacar, entre otras, las siguientes cláusulas del contrato del empréstito que, además, definen su objeto:

"CLAUSULA PRIMERA: Con recursos del su Presupuesto, LA NACION se obliga a entregar a EL PRESTATARIO, y este acepta recibir, en los términos y condiciones establecidos en el presente CONTRATO DE EMPRESTITO, un crédito de presupuesto hasta por la suma total de TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (\$33.354.000.000.00) moneda legal colombiana, distribuido de la siguiente manera:

a) ...

b) El monto de QUINCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DE PESOS (\$15.873.000.000.00) moneda legal colombiana, destinado al pago de indemnizaciones, liquidaciones de prestaciones sociales y demás obligaciones laborales a quienes se les suprime el cargo, de conformidad con lo previsto en EL CONVENIO DE DESMPEÑO".

CLAUSULA SEGUNDA: (...)

2. Para el desembolso de los recursos de que trata el literal b) de la cláusula primera del presente CONTRATO DE EMPRESTITO:

a. Solicitud de desembolso suscrita por el Representante Legal de EL PRESTATARIO, autorizando de manera irrevocable a LA NACION- Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que los recursos correspondientes a la reestructuración sean girados directamente al encargo fiduciario que se constituya para tal efecto, cuyo contrato deberá ser aprobado previamente por LA NACION- Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional.

b. Acto administrativo que demuestre la incorporación en el presupuesto de EL PRESTATARIO, de los recursos objeto del presente CONTRATO DE EMPRESTITO.

c. (...)

d. Certificación expedida por el Ministerio de la Protección Social en la que conste el monto de los recursos que se aprueba desembolsar".

(...)

PARAGRAFO SEGUNDO: Los desembolsos de los recursos del CONTRATO DE EMPRESTITO sólo se harán hasta la concurrencia de los gastos que demande la ejecución de los conceptos indicados en la cláusula primera del presente CONTRATO DE EMPRESTITO. Si la ejecución de los conceptos indicados no demanda la totalidad de los recursos a que se refiere la cláusula antes citada, el saldo restante no se desembolsará. En caso que se haya efectuado el desembolso y no se haya utilizado la totalidad de los recursos del CONTRATO DE EMPRESTITO, EL PRESTATARIO y/o la entidad administradora de los mismos los devolverá a LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - a la cuenta que determine por escrito en su oportunidad, LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional a más tardar quince (15) meses después de la fecha de firma del presente CONTRATO DE EMPRESTITO".

CLAUSULA TERCERA: El PRESTATARIO pagará a LA NACION las sumas entregadas en desarrollo del presente CONTRATO DE EMPRESTITO, en la cuenta que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional - determine por

escrito en su oportunidad, en un plazo de siete (7) años contados a partir de la firma del presente CONTRATO DE EMPRESTITO ...”

(...)

PARAGRAFO TERCERO: No obstante lo establecido en la presente cláusula, las sumas de capital e intereses que deba pagar anualmente EL PRESTATARIO en desarrollo del presente CONTRATO DE EMPRESTITO, podrán ser condonadas, para lo cual el COMITÉ DE SEGUIMIENTO Y EVALUACION deberá comunicar la respectiva decisión anualmente por escrito, como mínimo diez (10) meses antes de la fecha prevista para el pago de cada cuota al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional sobre dicha decisión.

(...)”

En los términos descritos, se advierte cómo la obligación a cargo de la ESE, en su calidad de prestatario, de pagar capital e intereses, a EL MINISTERIO prestamista, surgió a partir del perfeccionamiento del contrato de empréstito. La sujeción de dicha obligación a un plazo no condiciona su existencia, sino que precisa el momento de su exigibilidad, y ello sin perjuicio de la eventual condonación que podía tener lugar. Así las cosas, la existencia de esta obligación confirma por sí misma que los recursos prestados por EL MINISTERIO ya estaban a disposición de la ESE, quien para efectos de los desembolsos debía cumplir con los correspondientes requisitos contractuales, entre los cuales se incluía su incorporación en el presupuesto de EL PRESTATARIO.

El Tribunal destaca la necesidad de distinguir entre la existencia de la obligación de EL MINISTERIO derivada del empréstito y los requisitos contractuales previstos para cada desembolso. Si se compara la situación con la que surge del régimen legal aplicable a los contratos de mutuo y de apertura de crédito, se encontrará cómo el empréstito, a diferencia del mutuo, no es un contrato real, de manera que la entrega de los recursos no es requisito de su perfeccionamiento sino una obligación a cargo del prestamista, en este caso EL MINISTERIO, tal y como se estipuló en el contrato objeto de examen; y se encontrará cómo, al igual que el contrato de apertura de crédito, el de

empréstito también es un contrato solemne, pero no real, en el que el prestatario del empréstito, al igual que el beneficiario de un cupo de crédito, tiene derecho a su utilización cumplidos los requisitos que correspondan.

Y debe añadir el Tribunal que está probado que no solo estaba perfeccionado el empréstito sino que en desarrollo del mismo a la ESE ya le habían sido transferidos los recursos que fideicomitió.

Tiene, entonces, razón, LA CONVOCANTE, cuando señala que tenía derecho a disponer de los recursos que EL MINISTERIO ya había desembolsado y girado directamente al encargo fiduciario, puesto que ya que eran de su propiedad, sin que la destinación prevista en el préstamo constituyera condición suspensiva alguna, y sin perjuicio de las obligaciones de restitución contraídas como prestataria.

De conformidad con el contrato de empréstito, cláusula primera, la Nación se obligó a entregar a EL PRESTATARIO y este aceptó recibir, en los términos y condiciones del mismo, un crédito de presupuesto que incluía el monto de QUINCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DE PESOS MCTE (\$15.873.000.000), destinado al pago de las obligaciones laborales derivadas de la supresión de cargos de conformidad con lo previsto en el convenio de desempeño y derivadas del proceso de reestructuración de la ESE apoyado a través de dicha financiación. Además del pagaré cuya operación subyacente corresponde al empréstito y suscrito por la ESE a la orden de la Nación en la misma fecha de celebración de dicho contrato, también se suscribió entre ellas el mencionado convenio de desempeño, en el cual y de conformidad con su cláusula cuarta EL MINISTERIO se obligaba a:

"1. Otorgar créditos de presupuesto que podrán ser condonables a favor de la ESE ... por la suma de QUINCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DE PESOS MCTE (\$15.873.000.000) para financiar los

gastos previstos en el literal a. de la cláusula quinta del CONVENIO”

Y en los términos del literal a. de dicha cláusula quinta, referente a la destinación de los recursos:

“Los recursos de crédito de presupuesto se destinarán para los siguientes propósitos: a. Los recursos del crédito de presupuesto para financiar el proceso de reestructuración se utilizarán exclusivamente para el pago de indemnizaciones y liquidaciones de prestaciones sociales y demás obligaciones laborales del personal a quienes se le suprime el cargo como consecuencia del proceso de reestructuración”.

Está además probado que EL MINISTERIO, en cumplimiento del contrato de empréstito, desembolsó a favor de LA FIDUCIARIA la suma de QUINCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DE PESOS MCTE (\$15.873.000.000), destinado al pago de las obligaciones laborales derivadas de la supresión de cargos de conformidad con lo previsto en el convenio de desempeño.

2.1.4 Destinación de los recursos fideicomitidos.

Así las cosas, los recursos fideicomitidos por la ESE y no por EL MINISTERIO, provenían de los desembolsos efectuados por éste en cumplimiento del empréstito; y debe distinguirse entre dicho desembolso y la adecuada destinación de los recursos, objeto tanto del contrato de empréstito (cómo obligación a cargo de la ESE y a favor del MINISTERIO), como del propio encargo fiduciario, en los términos de las obligaciones contraídas por LA FIDUCIARIA ante la ESE.

Los recursos provenientes de EL MINISTERIO eran entregados a LA FIDUCIARIA por cuenta del fideicomitente, es decir, de la ESE que los recibió a título de empréstito. En cuanto a la finalidad del encargo fiduciario, la misma se enderezaba a que los recursos debían ser administrados para el pago de obligaciones laborales a favor de aquellos a quienes se les suprimiera el cargo en desarrollo del proceso de

reestructuración de la ESE. Por eso, en la cláusula segunda del encargo se estipuló lo siguiente:

"CLAUSULA SEGUNDA.- RECURSOS DEL ENCARGO FIDUCIARIO .- Los recursos del presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA cuya administración entrega a LA FIDUCIARIA por cuenta de EL FIDEICOMITENTE, son los recursos que provienen de LA NACION en desarrollo de EL CONTRATO DE EMPRESTITO, para el pago de indemnizaciones, liquidaciones de prestaciones sociales y demás obligaciones laborales a quienes se les suprime el cargo, de conformidad con lo previsto en el CONVENIO DE DESEMPEÑO y en EL CONTRATO DE EMPRESTITO.

(...)"

En forma concordante con lo anterior, se previeron las condiciones para la realización de los pagos, lo cual era precedido de la designación del ordenador del pago de los recursos por el fideicomitente. Y teniendo en cuenta el destino de los recursos tomados en préstamo se previeron eventos de devolución de los mismos a EL MINISTERIO.

Reza el contrato:

"CLAUSULA QUINTA: CONDICIONES PARA LA REALIZACION DE LOS PAGOS: El Representante Legal de EL FIDEICOMITENTE designará el ordenador del pago de los recursos del presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, para que una vez legalizado el presente contrato registren las firmas autorizadas y demás condiciones necesarias para la ordenación del pago, en la tarjeta que para tal efecto le entregue LA FIDUCIARIA. Para la realización de cada pago se seguirá el siguiente procedimiento: 1. En las tarjetas de registro de firmas EL FIDEICOMITENTE registrará tanto las firmas y las condiciones que LA FIDUCIARIA deberá verificar para la ejecución del contrato antes de realizar los pagos. En el evento que se presenten cambios en las personas autorizadas, deberá cumplirse nuevamente el procedimiento inicial. 2. LA FIDUCIARIA verificará que la orden venga suscrita por el ordenador del pago y aprobada y avalada por el Ministerio de la Protección Social, y procederá a los pagos indicados hasta los recursos efectivamente administrados en el presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA. 3. Los pagos se harán exclusivamente a los beneficiarios de los mismos, mediante operaciones de abono en las cuentas bancarias o en cheques en los siguientes casos

(...)

PARAGRAFO SEGUNDO: LA FIDUCIARIA, de acuerdo con las instrucciones impartidas por EL FIDEICOMITENTE, efectuará los pagos con cargo a los recursos del fideicomiso, obligándose EL FIDEICOMITENTE a obtener la aprobación previa del Ministerio de Protección Social.

(...)

PARAGRAFO CUARTO: En el evento que queden remanentes luego de cumplir con la destinación de los recursos provenientes del CONTRATO DE EMPÉSTITO, y/o en las fechas límites establecidas en el CONTRATO DE EMPRÉSTITO u otrosíes correspondientes LA FIDUCIARIA devolverá tales recursos a LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, a la cuenta que esta indique en su oportunidad”.

“CLAUSULA DECIMA SEXTA.- DEVOLUCION DE RECURSOS: Sin perjuicio de los dispuesto en el presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA sobre liquidación del contrato, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su terminación por cualquier causa, LA FIDUCIARIA entregará a LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, a la cuenta que esta determine el saldo de los recursos recibidos y los rendimientos generados que no hayan sido utilizados para los propósitos establecidos, dentro del plazo contemplado en el contrato de empréstito y los otrosíes que celebren al mismo.”

2.1.5 Obligaciones de la Fiduciaria

En el contexto descrito, para el caso en estudio, revisten especial importancia las obligaciones incorporadas en los numerales 1, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 16, 20, 22 y 25 de la cláusula cuarta del contrato a cuyo tenor:

“CLAUSULA CUARTA.- OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA.- En desarrollo del objeto del presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA LA FIDUCIARIA se obliga a realizar las siguientes actividades:

1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución del objeto del presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA.

(...)

4. Administrar e invertir temporalmente los recursos que le son entregados en virtud del presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, de conformidad con lo establecido en la cláusula anterior, mientras se destinan al cumplimiento del mismo.

5. Efectuar los pagos ordenados por el EL FIDEICOMITENTE, previa aprobación y aval del Ministerio de la Protección Social.

6. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos y prever los mecanismos y medidas de conservación, recuperación de los mismos y salir en su defensa ante los eventos de acto de terceros. Todo lo anterior con cargo los ingresos del FIDEICOMITENTE.

(...)

9. Abstenerse de efectuar pagos cuya destinación no se enmarque dentro del objeto del presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA.

(...)

11. Realizar los pagos únicamente a los beneficiarios finales, por concepto de cancelación de indemnizaciones, liquidaciones de prestaciones sociales y demás obligaciones laborales a quienes se les suprime el cargo, de conformidad con lo previsto en el CONVENIO DE DESEMPEÑO, en las cuentas bancarias que se indiquen en las relaciones de beneficiarios finales que remita EL FIDEICOMITENTE, debidamente aprobadas y avaladas por el Ministerio de Protección Social, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la radicación de las mismas, mediante sistema electrónico de traslado de fondos, o en cheque.

(...)

16. Remitir al FIDEICOMITENTE y al Ministerio de Protección Social un informe de gestión, dentro de los primeros diez (10) días calendario de cada mes, sobre los pagos a los beneficiarios finales, en medio magnético y escrito, acompañado de los respectivos soportes en los cuales conste la realización de los pagos correspondientes al mes inmediatamente anterior.

(...)

20. Responder a EL FIDEICOMITENTE por las omisiones y errores en los pagos, atribuibles únicamente en lo que corresponde con la administración y transacción o traslado de fondos, ordenados por LA FIDUCIARIA.

22. Presentar a EL FIDEICOMITENTE y al Ministerio de Protección Social el informe sobre la situación financiera del presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA en los siguientes tiempos (i) dentro de los diez (10) días siguientes a cada cierre mensual un balance general y estados de resultados del mes. Los informes mensuales no requieren tener notas, ni estar firmados por el revisor fiscal, y (ii) dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación del contrato un consolidado del Balance General y Estados de Resultados. El informe consolidado deberá estar siempre acompañado de las notas respectivas y deberán estar firmados por un contador público, el Revisor Fiscal y el Representante Legal de LA FIDUCIARIA. El dictamen del Revisor Fiscal deberá ser remitido dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación del contrato.

(...)

25. En caso de terminación del contrato, transferir los recursos que conforman el encargo a LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, a la cuenta que ésta le indique”.

En estos términos, a través del encargo fiduciario que constituyó la ESE, se buscaba preservar la adecuada destinación de los recursos que le fueron prestados, así como la devolución de los recursos no utilizados.

Es claro que EL MINISTERIO tenía interés en la celebración y ejecución del encargo, como lo confirma haber exigido su constitución por parte de la ESE. Pero era la ESE quien ostentaba la doble calidad de FIDEICOMITENTE y beneficiario

del encargo fiduciario a través del cual se manejaban los recursos del empréstito otorgado en su favor; y por lo mismo, era natural que el contrato no incluyera ninguna previsión que facultara a EL MINISTERIO para impartirle una orden o para dirigirle una solicitud a LA FIDUCIARIA como la que condujo a la entrega de los recursos que dan origen al presente litigio.

2.1.6 Devolución de recursos al MINISTERIO.

Tanto el contrato de empréstito como el contrato de encargo, prevén eventos de “devolución” de recursos a EL MINISTERIO, y es necesario precisar si los supuestos que daban origen a la misma corresponden o no a la entrega que hizo LA FIDUCIARIA y que se debate en el presente litigio.

En la cláusula quinta del encargo se pactó:

“PARAGRAFO CUARTO: En el evento que queden remanentes luego de cumplir con la destinación de los recursos provenientes del CONTRATO DE EMPÉSTITO, y/o en las fechas límites establecidas en el CONTRATO DE EMPRÉSTITO u otrosíes correspondientes LA FIDUCIARIA devolverá tales recursos a LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, a la cuenta que esta indique en su oportunidad”.

Y en su cláusula décima sexta se estipuló que:

“CLAUSULA DECIMA SEXTA.- DEVOLUCION DE RECURSOS: Sin perjuicio de los dispuesto en el presente ENCARGO FIDUCIARIO ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA sobre liquidación del contrato, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su terminación por cualquier causa, LA FIDUCIARIA entregará a LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, a la cuenta que esta determine el saldo de los recursos recibidos y los rendimientos generados que no hayan sido utilizados para los propósitos establecidos, dentro del plazo contemplado en el contrato de empréstito y los otrosíes que celebren al mismo.”

Dicha devolución a favor de EL MINISTERIO, quien es el encargado de determinar la cuenta a través de la cual se llevaría a cabo la misma, se refiere a sumas no usadas para el propósito y dentro del plazo del empréstito; pero los hechos que generaron la controversia que condujo al litigio

no son de esa naturaleza. Y ello porque está probado que la entrega por parte de la fiduciaria a EL MINISTERIO de recursos encomendados a ella por la ESE no ocurrió de conformidad con lo previsto en la referida cláusula de “devolución”, sino en consideración a la liquidación de la ESE.

En efecto, con el decreto de liquidación de la ESE no puede afirmarse que no fuere posible cumplir con la destinación de los recursos objeto del empréstito, ni se puede afirmar que por ese sólo hecho se hubiere terminado el contrato, eventos que darían lugar a la devolución de los recursos.

De hecho, a la fecha en que se decretó la liquidación de la ESE existían pendientes pagos de indemnizaciones laborales por desvinculaciones realizadas en virtud del proceso de reestructuración de la ESE, pagos laborales que debían ser financiados con los recursos del empréstito.

Ahora bien, ante la solicitud de entrega de los recursos por parte de EL MINISTERIO, LA CONVOCADA procedió a ello en forma voluntaria, sin que dicha solicitud tuviera soporte en ninguna cláusula expresa del contrato, y sin que la misma constituyera un hecho de fuerza mayor, irresistible e imprevisible para la fiduciaria.

Dada la ausencia de cláusula alguna del encargo que previera la entrega de recursos que hizo LA FIDUCIARIA a EL MINISTERIO, el Tribunal examinó si dicha conducta encontraba asidero en la ley. Dicho examen lo llevó a descartar que la naturaleza del contrato permitiera deducir una obligación no pactada de esa índole, con base en el principio normativo de la buena fe, consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio. Por el contrario, la relación del encargo con el empréstito pone de relieve que con los recursos prestados se buscaba financiar el pago de las obligaciones laborales

causadas con las desvinculaciones llevadas a cabo en desarrollo del proceso de reestructuración. Y es dicha finalidad, precisamente, la que se desvirtúa si dichas obligaciones laborales se ven privadas de la financiación contratada con otro acreedor del deudor hoy en liquidado.

El propio MINISTERIO, antes de recibir los recursos entregados por LA FIDUCIARIA llegó a hacerse parte en el proceso liquidatorio de la ESE, que es el escenario procesal y sustantivo al que deben concurrir todos los acreedores, para hacer valer dentro de él sus derechos contractuales y privilegios legales.

Otra eventual razón legal examinada y descartada por el Tribunal en este caso, corresponde al principio en virtud del cual a través de un contrato fiduciario, el fideicomitente no puede llevar a cabo aquellos actos que no puede celebrar o ejecutar en forma directa. En este caso, y ante el evento del decreto de la liquidación, lo que procedía no era entregarle a un acreedor recursos destinados a integrar la masa de la liquidación, ni tampoco era procedente llevar a cabo una especie de terminación y liquidación unilateral del encargo y, además, hacerlo por fuera del proceso liquidatorio de la ESE.

2.1.7. La liquidación de la ESE

La liquidación de la ESE mediante un decreto firmado por el Presidente de la República, el Ministro de la Protección Social y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, es una situación jurídica sobreviniente a la cual está expuesto todo acreedor, en la medida en que su deudor puede ser legalmente liquidado teniendo obligaciones a su cargo y favor de dicho acreedor y de otros acreedores; y ese procedimiento liquidatorio es objeto de una regulación que es aplicable al deudor y a todos sus acreedores para efectos del

reconocimiento y atención ordenada de sus créditos, con respeto a la prelación legal y demás disposiciones legales imperativas pertinentes, y hasta concurrencia del activo de la masa de la liquidación. Y debe agregarse que en este caso, uno de los acreedores es quien en ejercicio de sus facultades legales participó en la decisión de la liquidación del deudor común.

El régimen de la liquidación aplicable a las entidades públicas, no faculta a LA FIDUCIARIA que administraba recursos de la entidad en liquidación para entregárselos a uno de los acreedores de la misma por fuera del proceso liquidatorio.

Como consecuencia de las disposiciones imperativas que regulan dicha liquidación, imperatividad ésta que es consecuencia de su carácter procesal y de que desde el punto de vista sustantivo desarrollan el principio de la "par conditio creditoris", es claro: que del activo de la masa de la liquidación forman parte todos los derechos y bienes de los cuales es titular la liquidada; que el decreto de liquidación no tiene como efecto legal la terminación del encargo fiduciario; que de los pasivos de la liquidación forman parte todas las obligaciones a cargo de la entidad liquidada, siendo las de carácter laboral objeto de relación expresa dentro del inventario correspondiente; y que le corresponde al liquidador actuar como representante legal de la entidad administrando todos sus bienes y haberes, todo ellos en cumplimiento de la finalidad del proceso liquidatorio, que no es otra distinta que la de atender los pasivos con cargo a los bienes de la masa y con sujeción a la prelación legal y a las disposiciones imperativas generales y especiales aplicables.

Es importante recalcar que aunque en el contrato de empréstito se hubiera pactado como causal de devolución de

los dineros al prestamista el hecho de que EL PRESTATARIO entrara en liquidación, tal pacto carecería de efecto jurídico en la medida en que violaría disposiciones imperativas y de orden público, en las cuales se dispone la exigibilidad de las obligaciones a cargo del deudor para efectos de su graduación y atención con sujeción a las reglas del proceso liquidatorio.

El carácter universal del proceso liquidatorio tiene dos aspectos: uno objetivo, que se expresa en la integración de la masa con todos los bienes y derechos del deudor; y uno subjetivo, que se expresa en la vinculación de todos los acreedores, de manera tal que es en desarrollo de dicho proceso que se atienden todas las acreencias exigibles, incluyendo las que posea EL MINISTERIO a su favor.

Lo expuesto encuentra sustento, entre otras, en las siguientes normas aplicables al régimen de liquidación (Decreto 254 de 2000):

“ARTÍCULO 1º-Ámbito de aplicación. [Modificado por el art. 1, Ley 1105 de 2006](#). El presente decreto se aplica a las entidades públicas del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución.

En lo no previsto en el presente decreto deberán aplicarse, en lo pertinente, las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero y del Código de Comercio sobre liquidación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad.

PARAGRAFO-Aquellas entidades del Estado que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, incluyendo las sociedades continuarán rigiéndose por ellas.

ARTÍCULO 2º-Iniciación del proceso de liquidación. El proceso de liquidación se inicia una vez ordenada la supresión o disolución de una de las entidades a las cuales se refiere el artículo 1º del presente decreto. El acto que ordene la supresión o liquidación dispondrá lo relacionado con las situaciones a que se refiere el párrafo primero del artículo 52 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, en dicho acto o posteriormente, podrá disponerse que la liquidación sea realizada por otra entidad estatal que tenga dicho objeto. Igualmente podrá establecerse que la liquidación se realice por una entidad fiduciaria contratada para tal fin o contratarse con una de dichas entidades la administración y enajenación de los activos. La expedición del acto de liquidación conlleva:

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

(...)

d) La cancelación de los embargos decretados con anterioridad a la vigencia del decreto que ordena la disolución y liquidación de la entidad y que afecten bienes de la misma, con la finalidad de integrar la masa de la liquidación;

e) La realización de un inventario y avalúo de los activos y pasivos de la entidad;

ARTÍCULO 6º-Funciones del liquidador. [Modificado por el art. 6, Ley 1105 de 2006](#). Son funciones del liquidador las siguientes:

a) Actuar como representante legal de la entidad en liquidación;

b) Responder por la guarda y administración de los bienes y haberes que se encuentren en cabeza de la entidad en liquidación, adoptando las medidas necesarias para mantener los activos en adecuadas condiciones de seguridad física y ejerciendo las acciones judiciales y administrativas requeridas para el efecto;

(...)

d) Dar aviso a los jueces de la república del inicio del proceso de liquidación, con el fin de que terminen los procesos ejecutivos en curso contra la entidad, advirtiéndole que deben acumularse al proceso de liquidación y que no se podrá continuar ninguna otra clase de proceso contra la entidad sin que se notifique personalmente al liquidador;

(...)

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

g) Elaborar el anteproyecto de presupuesto de la entidad y cuando sea del caso presentarlo a la junta liquidadora para su aprobación y trámite correspondiente;

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

i) Dar cierre a la contabilidad de la entidad cuya liquidación se ordene, e iniciar la contabilidad de la liquidación;

(...)

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

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

ARTÍCULO 21.-Bienes excluidos de la masa de la liquidación. [Modificado por el art. 11, Ley 1105 de 2006](#). No formarán parte de la masa de la liquidación:

- a) Los recursos de seguridad social, los cuales deberán ser entregados a la entidad que determine el Gobierno Nacional, y
- b) Los demás que establece el estatuto orgánico del sistema financiero.

Pasivos de la liquidación

ARTÍCULO 22.-Inventario de pasivos. Simultáneamente con el inventario de activos, el liquidador elaborará un inventario de pasivos de la entidad, el cual se sujetará a las siguientes reglas:

1. El inventario deberá contener una relación cronológica pormenorizada de todas las obligaciones a cargo de la entidad, incluyendo las obligaciones a término y aquellas que sólo representan una contingencia para ella, entre otras, las condicionales, los litigios y las garantías.
2. La relación de pasivos deberá sustentarse en los estados financieros de la entidad y en los demás documentos contables que permitan comprobar su existencia y exigibilidad.
3. La relación de las obligaciones laborales a cargo de la entidad”.

Está probado que la administración otorgada a LA FIDUCIARIA consistía en confiarle los recursos provenientes del empréstito, en la proporción que interesa a este litigio, “...para el pago de indemnizaciones, liquidaciones y prestaciones sociales y demás obligaciones laborales a quienes se le suprime el cargo”; y es claro que la liquidación le puso fin al proceso de reestructuración que dio origen al empréstito y en desarrollo del cual se tomaron las decisiones de supresión de cargos que a su vez daban origen a las correspondientes obligaciones laborales. De esta manera, la ESE con anterioridad a su liquidación contrajo válidamente obligaciones laborales para cuya atención había contratado un empréstito que generaba a su cargo la obligación de pago de capital e intereses, y a su favor el derecho de exigir los desembolsos necesarios para dicha atención, habiendo ya recibido los recursos que fideicomitió para cumplir con lo acordado con EL MINISTERIO. Tales derechos y obligaciones en lo que se encontraran pendientes de ejercicio y cumplimiento al momento de la liquidación, debían sujetarse al correspondiente proceso.

Debe precisarse que en el régimen legal de la liquidación que se aplica a la liquidación de la ESES, se señalan los bienes que se excluyen de la masa de la liquidación, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de acuerdo con los artículos 299-2 de dicho estatuto y con los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio, no se pueden entender excluidos de dicha masa los recursos objeto de préstamos, por lo cual todos los prestamistas deben hacerse parte dentro del correspondiente proceso para hacer valer sus derechos de cobro, de conformidad con la prelación legal y con sus respectivos derechos legales y contractuales.

2.1.8. La terminación del contrato

La situación que da origen al presente litigio, la liquidación de la ESE, no corresponde a una causal de terminación ni contractual ni legal del encargo, por las razones que pasan a exponerse.

En los términos de las cláusulas 14 y 15 del Contrato:

"CLAUSULA DECIMA CUARTA- TERMINACION.- El presente contrato podrá ser terminado, además de las causas legales por cualquiera de los siguientes eventos:

1. Por disolución de la persona jurídica de LA FIDUCIARIA.
2. Por incapacidad financiera de LA FIDUCIARIA, o cuando reduzca su calificación a la mínima exigida en estos términos de referencia.
3. Por mutuo consentimiento de las partes con la previa autorización escrita de LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional.
4. El acaecimiento de una de las causales de incumplimiento por parte de LA FIDUCIARIA, establecidas en el presente contrato, y cuando dicho incumplimiento sea declarado por EL FIDEICOMITENTE, previa aprobación de LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional.
5. Por haberse ejecutado completamente su objeto o agotado los bienes objeto de administración.
6. La renuncia de LA FIDUCIARIA cuando se den las causales del artículo 1232 del Código de Comercio, una vez queden aprobadas las cuentas finales de su gestión que deberá presentar LA FIDUCIARIA a EL FIDEICOMITENTE".

"CLAUSULA DECIMA QUINTA.- LIQUIDACION: El término para la liquidación del presente contrato será de Cuatro (4) meses, contados a partir de a fecha de su terminación. Acaecida la

terminación del contrato, perderán vigencia, el objeto y las instrucciones de éste y la gestión de LA FIDUCIARIA deberá dirigirse exclusivamente a realizar los actos que directa o indirectamente se relacionen con la liquidación del ENCARGO FIDUCIARIO JOSE PRUDENCIO PADILLA. Terminado en presente ENCARGO FIDUCIARIO JOSE PRUDENCIO PADILLA se procederá a la liquidación del mismo, y se adelantará en el siguiente orden: 1) Se procederá al pago de las sumas que se deban a LA FIDUCIARIA por concepto de su comisión. 2) Lo que resulte en el encargo fiduciario después de haber cancelado todas las obligaciones, de haber hecho las reservas para pagarlas y de haber provisionado debidamente las sumas necesarias para proteger cualquier derecho de los terceros en general, si hubiere recursos, se consignarán en la cuenta que definirá LA NACIÓN- Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional. LA FIDUCIARIA presentará la rendición comprobadas de cuentas de su gestión a EL FIDEICOMITENTE entendiéndose que si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a dicha entrega no se formulan observaciones, o diez (10) días hábiles después de haberse presentado las explicaciones solicitadas y sean éstas aceptadas dentro de un término igual, se da por terminada satisfactoriamente la liquidación y en consecuencia el vínculo contractual que se generó con este contrato. Durante el período de liquidación solo procederá para LA FIDUCIARIA realizar gestiones directamente relacionadas con tal fin”.

Es así como la disolución del Fideicomitente por cualquier causa, una de las cuales es el decreto de liquidación, no fue prevista como causal de terminación del encargo. Y ello no es extraño en la lógica de los encargos de confianza encomendados a las fiduciarias, como lo demuestra el símil con el tratamiento legal pertinente de la muerte de las personas naturales fideicomitentes y mandantes, mutatis mutandis. De conformidad con lo dispuesto en el numeral sexto del artículo 1240 del Código de Comercio, referente a las causas de extinción del negocio fiduciario, la muerte del fiduciante sólo acarrea la extinción del contrato de fiducia mercantil cuando así se estipula; y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1284 del Código de Comercio, “El mandato conferido también en interés del mandatario o de un tercero no terminará con la muerte o la inhabilitación del mandante” (la subraya no es del texto).

Y tampoco se configura ninguna causal legal de terminación, pues es distinto no poder continuar el proceso de reestructuración a no pagar las obligaciones laborales contraídas con ocasión del mismo. Al entrar en liquidación es cierto que el proceso de reestructuración no podía seguir

ejecutándose; pero es igualmente cierto que dentro del proceso liquidatorio había que atender las obligaciones laborales causadas durante la reestructuración y para cuya financiación la ESE adquirió los derechos que le confiere el empréstito y recibió los recursos que fideicomitió. Por lo expuesto, no es de recibo la afirmación de LA FIDUCIARIA consistente en que la liquidación de la ESE, o terminó el contrato o hizo imposible cumplir su finalidad. Debe señalarse que de conformidad con las reglas propias de los procesos liquidatorios, las obligaciones a plazo a cargo de la liquidada se hacen exigibles a partir de la fecha de la adopción de la correspondiente medida o apertura de la liquidación (Decreto 2211 de 2004, art. 16, a; Ley 222 de 1995, art. 151,2); ello con el objeto de que se precisen las sumas adeudadas a los correspondientes acreedores para efectos de su pago dentro del proceso.

2.1.9. Conclusión

Todo lo anterior permite concluir que LA FIDUCIARIA incumplió el contrato al entregarle a EL MINISTERIO:

a. El día 29 de septiembre de 2006, la suma de CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS (\$5.281.433.780.00); y

b. El día 22 de junio de 2007 la suma de SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$665.155.084)

Por lo anterior, se despacharán favorablemente las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA, OCTAVA, DECIMA y UNDECIMA numerales (i) y (iii), tal como se declarará en la parte resolutive del presente laudo; y en consecuencia se condenará a LA FIDUCIARIA a pagarle a la ESE la cantidad \$5.946.588.864.00, por concepto del capital, la suma de \$1.283.525.929.00, por concepto de intereses

Tribunal de Arbitramento de ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA – EN LIQUIDACION contra FIDUCIARIA POPULAR S.A.

remuneratorios y la cantidad de \$2.121.287.984 por concepto de intereses moratorios, de conformidad con la siguiente liquidación:

Liquidación intereses remuneratorios sobre la suma de \$5.281.433.780, y calculados desde el 29 de septiembre de 2006, fecha en que LA FIDUCIARIA giró los dineros a EL MINISTERIO y el 20 de febrero de 2008, fecha de notificación de la demanda.

		Valor base	\$5.281.433.780
Fecha Inicial	Fecha Final	Tasa	Valor Intereses Liquidados
29-Sep-2006	30-Sep-2006	15,0500%	4.058.760
01-Oct-2006	31-Oct-2006	15,0700%	63.341.412
01-Nov-2006	30-Nov-2006	15,0700%	61.286.332
01-Dic-2006	31-Dic-2006	15,0700%	63.341.412
01-Ene-2007	04-Ene-2007	11,0700%	6.080.211
05-Ene-2007	31-Ene-2007	13,8300%	50.850.514
01-Feb-2007	28-Feb-2007	13,8300%	52.743.240
01-Mar-2007	31-Mar-2007	13,8300%	58.425.449
01-Abr-2007	30-Abr-2007	16,7500%	67.654.955
01-May-2007	31-May-2007	16,7500%	69.924.984
01-Jun-2007	30-Jun-2007	16,7500%	67.654.955
01-Jul-2007	31-Jul-2007	19,0100%	78.646.022
01-Ago-2007	31-Ago-2007	19,0100%	78.646.022
01-Sep-2007	30-Sep-2007	19,0100%	76.090.867
01-Oct-2007	31-Oct-2007	21,2600%	87.179.208
01-Nov-2007	30-Nov-2007	21,2600%	84.344.640
01-Dic-2007	31-Dic-2007	21,2600%	87.179.208
01-Ene-2008	31-Ene-2008	21,8300%	89.071.854
01-Feb-2008	20-Feb-2008	21,8300%	54.415.601
			\$1.200.935.646

Liquidación de intereses moratorios sobre la suma de \$5.281.433.780, y calculados desde el 21 de febrero de 2008 y hasta la fecha del laudo.

		Valor base	\$5.281.433.780
Fecha Inicial	Fecha Final	Tasa	Valor Intereses Liquidados
21-Feb-2008	29-Feb-2008	32,7500%	36.920.669
01-Mar-2008	31-Mar-2008	32,7500%	128.261.421
01-Abr-2008	30-Abr-2008	32,8800%	124.509.439
01-May-2008	31-May-2008	32,8800%	128.709.926
01-Jun-2008	30-Jun-2008	32,8800%	124.509.439

01-Jul-2008	31-Jul-2008	32,2700%	126.601.911
01-Ago-2008	31-Ago-2008	32,2700%	126.601.911
01-Sep-2008	30-Sep-2008	32,2700%	122.470.995
01-Oct-2008	31-Oct-2008	31,5300%	124.032.669
01-Nov-2008	30-Nov-2008	31,5300%	119.986.512
01-Dic-2008	31-Dic-2008	31,5300%	124.032.669
01-Ene-2009	31-Ene-2009	30,7100%	121.505.935
01-Feb-2009	28-Feb-2009	30,7100%	109.626.140
01-Mar-2009	31-Mar-2009	30,7100%	121.505.935
01-Abr-2009	30-Abr-2009	30,4200%	116.557.563
01-May-2009	31-May-2009	30,4200%	120.486.805
01-Jun-2009	03-Jun-2009	30,4200%	7.691.596
			\$1.884.011.535

Liquidación intereses remuneratorios sobre la suma de \$665.155.084, y calculados desde el 22 de junio de 2007, fecha en que LA FIDUCIARIA giró los dineros a EL MINISTERIO y el 20 de febrero de 2008, fecha de notificación de la demanda.

		Valor base	\$665.155.084
Fecha Inicial	Fecha Final	Tasa	Valor Intereses Liquidados
22-Jun-2007	30-Jun-2007	16,7500%	2.544.805
01-Jul-2007	31-Jul-2007	19,0100%	9.904.848
01-Ago-2007	31-Ago-2007	19,0100%	9.904.848
01-Sep-2007	30-Sep-2007	19,0100%	9.583.047
01-Oct-2007	31-Oct-2007	21,2600%	10.979.536
01-Nov-2007	30-Nov-2007	21,2600%	10.622.545
01-Dic-2007	31-Dic-2007	21,2600%	10.979.536
01-Ene-2008	31-Ene-2008	21,8300%	11.217.900
01-Feb-2008	20-Feb-2008	21,8300%	6.853.217
			\$82.590.283

Liquidación intereses moratorios sobre la suma de \$665.155.084, y calculados desde el 21 de febrero de 2008 y el 3 de junio de 2009, fecha del laudo.

		Valor base	\$665.155.084
Fecha Inicial	Fecha Final	Tasa	Valor Intereses Liquidados
21-Feb-2008	29-Feb-2008	32,7500%	4.649.868
01-Mar-2008	31-Mar-2008	32,7500%	16.153.518
01-Abr-2008	30-Abr-2008	32,8800%	15.680.985

01-May-2008	31-May-2008	32,8800%	16.210.004
01-Jun-2008	30-Jun-2008	32,8800%	15.680.985
01-Jul-2008	31-Jul-2008	32,2700%	15.944.516
01-Ago-2008	31-Ago-2008	32,2700%	15.944.516
01-Sep-2008	30-Sep-2008	32,2700%	15.424.260
01-Oct-2008	31-Oct-2008	31,5300%	15.620.940
01-Nov-2008	30-Nov-2008	31,5300%	15.111.358
01-Dic-2008	31-Dic-2008	31,5300%	15.620.940
01-Ene-2009	31-Ene-2009	30,7100%	15.302.718
01-Feb-2009	28-Feb-2009	30,7100%	13.806.551
01-Mar-2009	31-Mar-2009	30,7100%	15.302.718
01-Abr-2009	30-Abr-2009	30,4200%	14.679.509
01-May-2009	31-May-2009	30,4200%	15.174.366
01-Jun-2009	03-Jun-2009	30,4200%	968.696
			\$237.276.449

2.2 Incumplimientos alegados no relacionados con la entrega de los recursos al MINISTERIO.

En la demanda presentada por la ESE se plantean dos incumplimientos que no están relacionados con el hecho de haber entregado LA FIDUCIARIA los recursos del encargo al MINISTERIO.

Los dos incumplimientos alegados son:

a). No haber presentado LA FIDUCIARIA, el informe sobre la situación financiera del encargo fiduciario dentro de los 10 días siguientes a cada cierre mensual, y el informe consolidado dentro de los 10 días siguientes a la terminación del contrato firmado por un contador público, el revisor fiscal y el representante legal de la fiduciaria, acompañado de las notas respectivas y del dictamen del revisor fiscal.

b). No haber invertido los recursos en los fondos común ordinario y especiales mientras se destinaban al cumplimiento del objeto mismo.

Frente al primero de los incumplimientos examinados en este numeral, el Tribunal declarará que LA FIDUCIARIA incumplió con la referida obligación teniendo como base la confesión proferida por el apoderado de LA CONVOCADA al contestar la

demanda (Folio 111 del Cuaderno Principal No. 1), al manifestar que:

“Sólo le cabría razón al peticionario respecto a la pretensión SEPTIMA sobre los envíos eventualmente tardíos de los informes a los que hace referencia, pero concluirá el Tribunal sin vacilación como lo abordaremos en el punto siguiente, que tal retraso resultó inane, fue incapaz de producir perjuicio alguno y carece de relación de causalidad con la pretensión de condena que pretende soportarse en las declarativas.”

Respecto del segundo de los incumplimientos analizados, el Tribunal negará la pretensión novena de la demanda como quiera que de conformidad con la certificación expedida por la revisora fiscal de LA CONVOCADA, se encuentra que ésta, en cada uno de los pagos realizados a los exfuncionarios de la ESE, acreditó recursos administrados en una cuenta del fondo común ordinario RENTAR (Hoy Cartera Colectiva Abierta RENTAR); que fue con cargo a recursos administrados en esa misma cartera colectiva que se efectuaron los pagos realizados a la NACION el 29 de septiembre de 2006 y el 22 de junio de 2007; y que en dicha cartera colectiva se reflejan saldos correspondientes al encargo fiduciario objeto de este litigio.

2.3 Excepciones de mérito interpuestas por LA FIDUCIARIA.

El apoderado de LA FIDUCIARIA en el escrito de contestación de la demanda, propuso como excepciones de mérito las que denominó:

1. “Absoluta falta de conexidad entre los hechos y las pretensiones”.
2. “Falta de legitimación en la causa”.
3. “Inexistencia de responsabilidad”.
4. “Cumplimiento cabal del encargo”.
5. “Ajuste de la conducta contractual a las normas de derecho público que dispusieron la finalidad de los recursos, objeto de administración”.
6. “Conducta diligente de la FIDUCIARIA”.

7. "Ausencia de titularidad del derecho material por parte de la demandante".

Por las razones expuestas en el presente laudo, el Tribunal habrá de negar la prosperidad de dichas excepciones de mérito.

2.4 El llamamiento en garantía y sus consecuencias en el presente litigio.

Procede el Tribunal a resolver el llamamiento en garantía presentado por el apoderado de LA FIDUCIARIA en los siguientes términos.

2.4.1 La pretensión del llamamiento

En el escrito de llamamiento en garantía a EL MINISTERIO, LA FIDUCIARIA formuló como única pretensión que el Tribunal declarara que:

"Con todo respeto y con base en las consideraciones arriba señaladas, solicito al señor Arbitro que se sirva citar a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que en calidad de llamado en garantía de FIDUCIARIA POPULAR S.A., comparezca al proceso de la referencia y en el evento remoto en que la Fiduciaria resulte condenada "a pagar a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, hoy en liquidación" total o parcialmente las sumas que ésta reclama en la pretensión UNDECIMA de la demanda arbitral de la referencia, o a devolverle a cualquier título tales sumas, sea la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público la que efectúe la entrega total o parcial a la ESE, junto con los intereses respectivos desde las fechas en las que la Fiduciaria le devolvió o restituyó los montos que administraba en desarrollo del Encargo Fiduciario ESE José Prudencia Padilla." (Subrayado por el Tribunal).

2.4.2 Respuesta del llamado

Notificado EL MINISTERIO, procedió a contestar el llamamiento y la demanda inicial presentada por la ESE.

Frente al llamamiento la apoderada del MINISTERIO se pronunció respecto de los hechos fundamento del mismo sin

proponer excepciones de mérito tendientes a enervar la pretensión del llamante.

La apoderada de EL MINISTERIO contestó la demanda inicial, expuso las que llamó razones de defensa e interpuso excepciones de mérito. Dichas "Razones de defensa" fueron las siguientes:

1. "Rentas de destinación específica".
2. "Principio de la legalidad de la Administración Pública".
3. "Ejecución de recursos del presupuesto general de la Nación manejados a través de encargos fiduciarios".
4. "Enriquecimiento sin causa".
5. "Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes".
6. "Reclamación del empréstito en el proceso liquidatorio de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA".

De igual manera propuso como excepciones:

1. Cobro de lo no debido por parte de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION.
2. Inexistencia de responsabilidad de la Fiduciaria Popular S.A. frente a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION.
3. Actuación de la Fiduciaria Popular S.A., conforme a las normas y procedimientos de devolución de los recursos prevista en el contrato de Encargo Fiduciario.
4. Inexistencia del derecho invocado por el demandante.
5. Enriquecimiento sin causa.

2.4.3 Análisis y conclusión del Tribunal respecto del llamamiento en garantía.

2.4.3.1 Objeto del llamamiento

Para referirse al llamamiento en garantía, el Tribunal considera pertinente hacer las siguientes consideraciones:

La figura del llamamiento en garantía está consagrada en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil en virtud del cual:

"Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores". (Se subraya)

Conforme a la norma citada, el llamante que tenga el derecho legal o contractual pertinente puede pedir que, ante una condena eventual en su contra, el llamado proceda a reembolsarle total o parcialmente lo que hubiere tenido que pagar como consecuencia de la referida condena. Se persigue así un objetivo de economía procesal, sin merma de los requisitos procedimentales y sustantivos.

En este caso, LA FIDUCIARIA apeló al llamamiento en garantía para vincular al proceso a EL MINISTERIO a quien le entregó los recursos fideicomitidos por la ESE.

2.4.3.2 El llamamiento

Según se ha expuesto al examinar la relación entre la ESE y LA FIDUCIARIA, con la entrega de los recursos fideicomitidos a EL MINISTERIO, ésta última incurrió en un incumplimiento contractual. Es para el evento de la consecuente declaración de incumplimiento y de la condena resultante, que LA FIDUCIARIA, en el escrito de llamamiento, pretende que el Tribunal ordene al MINISTERIO que "efectúe la entrega total o parcial a la ESE, junto con los intereses respectivos desde las fechas en las que la Fiduciaria le devolvió o restituyó los montos que administraba en desarrollo del Encargo Fiduciario ESE José Prudencia Padilla."

Como puede advertirse, dicha pretensión excede el objeto legal del llamamiento en garantía, y si fuera atendida

terminaría generando, sin sustento jurídico alguno, una relación entre la ESE, demandante, y el tercero llamado, sustituyéndole así un acreedor a quien resulta deudor como consecuencia del proceso.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

"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" (Parra 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 llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia" (artículo 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 formula es una pretensión de condena eventual (in eventum), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto de es contingencia de la sentencia, "se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago", como lo ha dicho la Corte.

De otro lado, como igualmente lo ha explicado la jurisprudencia, dado que lo que impera la lógica y la técnica de la sentencia, el reembolso o el pago se debe disponer por parte del tercero (llamado), al llamante, denomínese demandante o demandado, que hubo de resultar condenado, pero nunca per saltum a quien no fue el citante porque se trata de relaciones jurídicas perfectamente diferenciables: la del demandante con el demandado y la del llamante con el tercero. Necesítase, dice la Corte, "que el llamante sea condenado como consecuencia de la demanda que se dirigió contra él; y que el llamado esté obligado por la ley a resarcirlo de este mismo riesgo, o que, previamente haya contratado tal resarcimiento" (Sent. De 28 de septiembre de 1977). Desde luego que la técnica de la decisión no puede ser distinta, porque necesariamente el llamamiento en garantía, que implica la proposición de una novedosa pretensión del llamante frente al llamado, justificado, como ya se dijo, en la economía procesal, que es la que a la postre determina la anticipación de la pretensión de regreso". (Sentencia del 24 de octubre de 2000, MP José Fernando Ramírez, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia).

En esa misma sentencia, la Corte recordó que, de acuerdo con sentencia anterior:

"La justificación procesal del llamamiento en garantía, previsto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, no es otra que la de la economía pues lo que se procura es hacer valer en un mismo proceso, las relaciones legales o contractuales que obligan al tercero a indemnizar, sin perjuicio, claro está de las garantías fundamentales del proceso que en manera alguna se ven conculcadas. Por tal razón, la Corte ha sostenido que "el texto mismo del

precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento esencial que por razón de la ley o del contrato el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir el perjuicio o a efectuar un pago" (Sent. De 11 de mayo de 1976)"

Así las cosas, no puede el Tribunal exceder el marco legal descrito y condenar directamente al tercero llamado, EL MINISTERIO, a que cumpla la obligación incumplida por quien fue parte del contrato de encargo fiduciario. En el análisis de la relación entre la ESE y LA FIDUCIARIA el Tribunal ya estableció que la entrega a EL MINISTERIO de los recursos fideicomitidos constituyó un incumplimiento de LA FIDUCIARIA; dicho análisis sirve de base también, como en seguida se expondrá, para concluir que su solicitud y recepción por parte de EL MINISTERIO tampoco tenía un fundamento contractual o legal.

En ese orden de ideas, en los términos del citado artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, le corresponde al Tribunal resolver sobre la relación entre llamante y llamado; pero al hacerlo no puede atender la ya transcrita pretensión en atención a que ésta no conduce al ejercicio del derecho de regresión o reversión al que alude la Corte.

Ahora bien, en el escrito de llamamiento en garantía, además de la pretensión ya resaltada y que rechaza el Tribunal por las razones expuestas, en el encabezamiento del mismo (Cuaderno Principal No. 1, folios 263 y siguientes) LA FIDUCIARIA también expresó que:

"... me permito llamar en garantía a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de que previas las ritualidades de ley y en el evento remoto en que la FIDUCIARIA fuese condenada, como consecuencia de la demanda que se estudia por el Tribunal, se le ordene hacer el reembolso total o parcial del pago que tuviese que hacer la Fiduciaria a favor de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION (en adelante "la ESE"), junto con sus intereses respectivos, desde las fechas en las que la Fiduciaria devolvió o restituyó a su favor los montos que administraba dentro del marco del Encargo Fiduciario ESE José Prudencio Padilla".

El Tribunal entiende que en ejercicio de sus funciones legales debe interpretar el texto del llamamiento considerado en su conjunto, y que, en consecuencia, la petición de la orden de reembolso que acaba de transcribirse también forma parte del mismo, sin que quepa rechazarlo como si se configurara una indebida acumulación de pretensiones incompatibles entre sí. Al igual que ocurre con las demandas, el Tribunal debe interpretar los llamamientos en búsqueda de su sentido y finalidad; y al hacerlo debe preservar la eficacia de las declaraciones de voluntad del llamante. Con ello no excede el ámbito de sus funciones ni sustituye las pretensiones del llamante por una de su propia cosecha, evento en el cual, de atender la última, estaría fallando extra petita. Solo está reparando en el llamamiento en su integridad, y por ello descarta la pretensión consistente en que sea el Ministerio quien le pague a la ESE; y examinará la transcrita petición de orden de reembolso, pues ello se hará con atención plena de los derechos de la convocante y en desarrollo de un proceso al cual compareció voluntariamente EL MINISTERIO, quien fuera llamado en virtud de una disposición legal expresa, el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil ya citado, el cual se refiere en forma también expresa a la discusión en juicio de la existencia eventual de una obligación legal o contractual de indemnización o reembolso.

En ese orden de ideas, la transcrita petición de reembolso será despachada favorablemente por el Tribunal en atención a las siguientes consideraciones, en un todo armónicas con las ya expuestas al examinar las relaciones entre la ESE y LA FIDUCIARIA.

2.4.3.3 Las razones de defensa de EL MINISTERIO

En sus razones de defensa EL MINISTERIO comenzó por sostener que los recursos que le devolvió la FIDUCIARIA a solicitud

suya correspondían a rentas de destinación específica, en este caso consistente en forma exclusiva en el pago de obligaciones laborales derivadas del proceso de reestructuración de la ESE. De ello concluyó que los recursos que le entregó LA FIDUCIARIA y a los que se refirió LA CONVOCANTE en la pretensión undécima era recursos no ejecutados que debían ser “reintegrados” a EL MINISTERIO en cumplimiento de la cláusula séptima del contrato de encargo fiduciario, de las disposiciones del contrato de empréstito y del convenio de desempeño.

Dado que la finalidad del crédito derivado del empréstito consistía en apoyar los gastos de reestructuración, y en atención al decreto de liquidación de la ESE, EL MINISTERIO entiende que los recursos de crédito no pueden destinarse a financiar la liquidación de la ESE, y destaca que los mismos estaban sujetos al cumplimiento de una condición consistente en el cumplimiento de las metas e indicadores contenidos en la matriz de condonabilidad que formaba parte del convenio de desempeño, condición esta que no se cumplió.

Añadió EL MINISTERIO que los recursos en discusión son de propiedad de EL MINISTERIO y que es erróneo considerarla como acreedora; y que los empréstitos condonables están atados al cumplimiento de una finalidad determinada por la ley.

A renglón seguido destacó que la ESE no está facultada para cambiar la destinación de los recursos objeto de empréstito; y en cuanto a la ejecución de los recursos presupuestales que se manejan a través de encargos fiduciarios explicó por qué considera que con la simple suscripción del encargo fiduciario no se desarrolló el objeto de la apropiación por entender que la forma de hacerlo consistía en que a través del encargo se pagaran las obligaciones laborales derivadas del proceso de reestructuración de la ESE.

Para EL MINISTERIO la ejecución de los recursos desembolsados solo se lleva a cabo al cumplirse la destinación establecida en la ley, así hubieran sido incorporados en el presupuesto de la ESE; y por eso concluye que:

“la devolución de los recursos a (Sic) la ESE en mención por parte de FIDUPOPULAR S.A. a la dirección de crédito público y del tesoro nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se ajusta a las normas presupuestales ... de superior jerarquía frente a las demás clases de leyes”. (Cuaderno Principal No. 1, Folio 304)

En cuanto al sentido del encargo fiduciario destaca que a través del mismo no se trasfiere la propiedad de los bienes fideicomitidos; que su suscripción para la administración de los recursos fue objeto de un compromiso de la ESE previsto en el convenio de desempeño a la par con la destinación de los recursos acorde con el contrato de empréstito.

El MINISTERIO destacó que la administración fiduciaria de los recursos objeto del empréstito respondía a la necesidad de establecer la destinación establecida en el artículo 8 de la ley 917 de 2004; y que en los términos del artículo 6 del decreto 2681 de 1993, el encargo se enmarca dentro de las denominadas operaciones conexas de crédito público, que para este caso en particular es el contrato de empréstito condonable.

Señaló que una eventual restitución de los recursos objeto del litigio a la ESE daría lugar a un enriquecimiento sin causa de esta y al empobrecimiento correlativo del MINISTERIO, “al ingresar a su patrimonio recursos que son de propiedad de la Nación sin causa alguna que justifiquen esta situación y desconociendo la destinación establecida en la ley”.

EL MINISTERIO también señaló la cláusula 16 del encargo fiduciario, ya transcrita, como sustento para la solicitud y recepción de los recursos añadiendo que se trata de una

obligación que nace del contrato entre la Nación y la ESE y del mandato del artículo 8 de 1ª ley 917 de 2004.

También se refirió al párrafo 4 de la cláusula 5 y 14 del encargo, para reiterar la destinación exclusiva de los recursos objeto del empréstito, “...por lo cual los mismos debían devolverse a la Nación tal como ocurrió, y no como pretende el señor liquidador al sostener que tales recursos se requieren para los fines de la liquidación, especialmente como la ha manifestado en reuniones sostenidas en este Ministerio para el pago del pasivo laboral producto de la liquidación” (Cuaderno Principal No. 1, Folio 306)

Por último EL MINISTERIO expresó que la Nación se hizo parte en el proceso de liquidación de la ESE, y que su reclamación incluía, “en parte aquellas sumas de dinero que no habían sido objeto de condonación por no haber cumplido con los parámetros establecidos en el convenio de desempeño” (Cuaderno Principal No. 1, Folio 308); y que para el momento en que se hizo parte LA FIDUCIARIA aún no le había entregado los recursos en relación con los cuales surgió el presente litigio.

2.4.3.4 Conclusiones del Tribunal

En relación con la argumentación planteada por EL MINISTERIO al atender el llamamiento, el Tribunal se remite aquí a las consideraciones ya expuestas al considerar que LA FIDUCIARIA incumplió el contrato sin justificación legal cuando atendió la solicitud de EL MINISTERIO y le entregó los recursos fideicomitidos. Basta agregar ahora que es, precisamente, porque los contratos celebrados son ley para las partes, que LA FIDUCIARIA debía honrar su compromiso contractual con la ESE y negarse a atender la solicitud de entrega de los recursos formulada por un tercero interesado, EL MINISTERIO,

pero no facultado ni legal ni contractualmente para obtener dicha entrega.

De acuerdo con el artículo 8 de la ley 917 de 2004:

ARTÍCULO 8o. El Gobierno Nacional con cargo a las apropiaciones de la presente vigencia fiscal, podrá otorgar créditos, que podrán ser condonables, al Instituto de Seguros Sociales y a las Empresas Sociales del Estado creadas mediante Decreto 1750 de 2003, con el objeto de apoyar sus procesos de reestructuración y de operación. Cada una de estas entidades, deberá suscribir convenios de desempeño con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público donde se establezcan los requisitos que deben cumplirse para la condonación de los créditos.

Para el Tribunal la simple lectura del artículo en cuestión permite precisar que, con base en él, se podía otorgar un crédito a la ESE para apoyar su proceso de reestructuración, crédito este que de llevarse a cabo podía ser condonable de conformidad con los requisitos previstos para tal efecto en el correspondiente convenio de desempeño. Ese es el alcance de la ley mencionada por EL MINISTERIO; y dicha posibilidad se hizo realidad a través del perfeccionamiento del contrato de empréstito, situación a la cual ya se hizo referencia en otros apartes de este laudo, y que condujo a la transferencia a la ESE de los recursos que ella Fideicomitió. Solo hay que agregar ahora, que la posibilidad de condonación que también se hizo realidad en el convenio de desempeño confirma que los recursos fideicomitidos y provenientes del préstamo eran ya de propiedad del prestamista, no sólo por su incorporación en el presupuesto de la ESE, sino por la razón de que la condonación sólo es posible respecto de una obligación a cargo del deudor a quien el acreedor remite la deuda; de manera que es evidente que el empréstito ya se había perfeccionado porque de lo contrario no habría obligación susceptible de ser condonada.

Las condiciones de utilización del crédito, como ya se explicó, deben ser atendidas por la ESE para cumplir con el contrato, no para que se perfeccione el mismo; y la

celebración del encargo fiduciario buscaba asegurar la observancia de la destinación del empréstito, cuyo perfeccionamiento no estaba sujeto a condición, como lo confirma el hecho de que el prestatario contrajo la obligación del pago de capital e intereses desde el perfeccionamiento del contrato. Por esa razón, las cláusulas que preveían la eventual devolución de recursos a EL MINISTERIO corresponden a situaciones distintas de la invocada para pedir su entrega, pues la liquidación de la ESE no implicaba ni la terminación del encargo, ni hacía imposible que obligaciones laborales derivadas de la reestructuración pudieran ser atendidas por la ESE, como quiera que su exigibilidad no ha surgido merma.

En cuanto a la liquidación sobreviniente de la ESE, proceso dentro del cual se hizo parte el MINISTERIO, tal y como era su obligación por cuanto sus créditos forman parte de los pasivos a cargo de la ESE, ya se indicó en este laudo que el decreto de liquidación acarrea la exigibilidad de las obligaciones a cargo del deudor, como es acorde con la finalidad de realización de activos y pagos de deudas a que obedece dicho proceso, exigibilidad ésta que no puede confundirse con la supuesta terminación del encargo fiduciario.

De todo lo anterior se concluye que EL MINISTERIO solicitó y obtuvo por fuera del marco contractual y legal la entrega de unos recursos que eran de propiedad de su prestataria y a quien debía reclamarle los créditos que fueran exigibles a cargo de ella dentro del proceso liquidatorio legalmente iniciado con posterioridad al perfeccionamiento del empréstito y en medio del proceso de reestructuración que dio origen a obligaciones laborales financiadas con el empréstito.

En consecuencia, el Tribunal encuentra que EL LLAMANTE incumplió el contrato al entregarle los recursos a EL MINISTERIO y como ese incumplimiento le acarrearé la condena consistente en devolvérselos a la ESE, EL MINISTERIO, a su vez, debe reembolsarle dicho pago a LA FIDUCIARIA. La causa de dicho reembolso es de origen legal, como quiera que el contrato del cual no es parte ni la ley facultaba, a EL MINISTERIO para obtener de LA FIDUCIARIA la entrega de los recursos prestados que solicitó ante el evento de la liquidación del prestatario.

Debe señalar el Tribunal que a lo largo del proceso no se ha discutido la buena fe de ninguno de los intervinientes con ocasión de los hechos generadores del litigio.

EL LLAMANTE, al precisar los fundamentos de derechos del llamamiento en garantía, hizo referencia al derecho a repetir lo pagado que le concede la ley a quien paga lo no debido, de conformidad con la regulación de dicho cuasicontrato prevista en los artículos 2313 y siguientes del Código Civil. Y el llamamiento en garantía permite la citación de terceros por parte de quien tenga no sólo de derechos contractuales, sino también de fuente legal para exigirle la indemnización o el reembolso.

En efecto, el artículo 2313 del Código Civil establece que:

“Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho a repetir lo pagado...”

De otro lado, en el presente caso se dan todos los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que proceda la repetición del pago de lo no debido. Así:

“El buen suceso de la acción de repetición del pago indebido, requiere básicamente la concurrencia de los siguientes elementos:
a) Existir un pago de demandante al demandado.
b) Que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto.”

c) Que el pago obedezca a un error de quien lo hace, aun cuando el error sea de derecho." (CSJ, Cas. Civil. Sent. Nov. 15/91)

La concurrencia de tales elementos en el presente caso se ha acreditado con base en los hechos probados en el proceso y examinados en este laudo.

Hay que añadir que la doctrina ha precisado que la relación de garantía, en sentido amplio, cubija la denominada "garantía personal, cuando se trata de responder por obligaciones personales como la de indemnizar perjuicios o restituir lo pagado, y por tanto puede originarse directamente en la ley." (Devis Echandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, teoría General del Proceso, Octava Ed., Editorial ABC Bogotá, 1981, P. 369)

Conviene precisar que la fuente legal del reclamo del llamante al llamado es independiente de la relación contractual entre el llamante y LA CONVOCANTE. Independientemente, entonces, del incumplimiento contractual que se configuró mediante la entrega de los recursos a EL MINISTERIO, el llamante plantea que ese hecho voluntario le permite repetir lo pagado, en ejercicio de un derecho cuya finalidad consiste en evitar un enriquecimiento sin justa causa correlativo al empobrecimiento del llamante. Y en este caso conviene precisar que en el ámbito de la controversia planteada al Tribunal, el ejercicio de dicho derecho de repetición no tiene que ver con la forma en que EL MINISTERIO pueda hacer valer sus derechos de cobro de las acreencias a su favor contraídas por la ESE, dentro del marco legal pertinente, que es el del proceso liquidatorio, por lo cual se descarta que el efecto de admitir esta repetición pudiera conducir a un empobrecimiento injusta de la llamada.

Conforme a las consideraciones expuestas, el Tribunal procederá a ordenar el reembolso de lo que tenga que pagar LA FIDUCIARIA a LA CONVOCANTE como consecuencia de este laudo.

Pero dicho reembolso solo cobijará, como se proveerá en su parte resolutive, la suma correspondiente al capital de la condena junto con los intereses remuneratorios causados entre las fechas de entrega de las sumas al MINISTERIO y la fecha de notificación de la demanda arbitral, posteriormente admitida. Los intereses moratorios a los cuales será condenada la FIDUCIARIA corren a su cargo y no darán derecho a reclamar su reembolso al llamado, como quiera que no es éste el contratante incumplido. Ello sin perjuicio de cualquier mora en que pudiera incurrir el MINISTERIO en la atención oportuna de la obligación derivada de la condena que se proferirá en el presente laudo como consecuencia de la declaración referente a la relación entre llamante y llamado.

2.4.3.5 Excepciones de mérito interpuestas en el llamamiento en garantía

El apoderado de EL MINISTERIO en el escrito de contestación al llamamiento en garantía, propuso como excepciones de mérito las que denominó:

1. Cobro de lo no debido por parte de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION.
2. Inexistencia de responsabilidad de la Fiduciaria Popular S.A. frente a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION.
3. Actuación de la Fiduciaria Popular S.A., conforme a las normas y procedimientos de devolución de los recursos prevista en el contrato de Encargo Fiduciario.
4. Inexistencia del derecho invocado por el demandante.
5. Enriquecimiento sin causa.

Por las razones expuestas en el presente laudo, el Tribunal habrá de negar la prosperidad de dichas excepciones de mérito.

2.5 Costas y agencias en derecho

2.5.1 Costas y agencias en derecho a cargo de LA FIDUCIARIA

De conformidad con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetar a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.

En consecuencia, por haber prosperado casi la totalidad de las pretensiones de la demanda inicial y en la medida en que no prosperaron las excepciones de mérito de la contestación de la demanda, el Tribunal condenará en costas a agencias en derecho a LA FIDUCIARIA de conformidad con la siguiente liquidación:

Sumas pagadas por la ESE :

1. 50% Honorarios del arbitro único	\$88.484.813.00
2. 50% Honorarios de la secretaria	\$25.281.375.00
3. 50% Gastos de administración	\$12.687.500.00
4. 50% Gastos de protocolización	\$13.125.000.00
TOTAL	\$139.578.688.00
Agencias en derecho	\$ 40.000.000.00
TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO	\$179.578.688.00

2.5.2 Costas y agencias en derecho a cargo de EL MINISTERIO

De conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo

“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

En razón a que no prosperó ninguna de las razones de defensa ni ninguna de las excepciones de mérito propuestas por EL MINISTERIO y teniendo en cuenta su intervención dentro de la ejecución del contrato que dan lugar al objeto del litigio, el Tribunal habrá de condenar en costas y agencias en derecho a EL MINISTERIO de conformidad con la siguiente liquidación:

Sumas canceladas por LA FIDUCIARIA por el llamamiento en garantía:

1. 50% de los honorarios del Arbitro	\$44.115.619.00
2. 50% de los honorarios de la secretaria	\$12.604.463.00
Total costas	\$56.720.082.00
Agencias en derechos	\$40.000.000.00
TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO	\$96.720.082.00

CAPITULO III

RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias contractuales entre la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA - EN LIQUIDACION, la FIDUCIARIA POPULAR S.A. y la NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, declarar que la FIDUCIARIA POPULAR S.A. incumplió el contrato de encargo fiduciario celebrado con la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA – EN LIQUIDACIÓN. En consecuencia declarar probadas las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA, SEPTIMA, OCTAVA Y DECIMA de la demanda.

Segundo: De conformidad con la parte motiva del laudo, se niega la pretensión NOVENA de la demanda.

Tercero: Como consecuencia de la declaración del numeral primero de este laudo, se condena a la FIDUCIARIA POPULAR S.A. a pagar a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, hoy en liquidación, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma total, por concepto de capital, de CINCO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MCTE. (\$5.946.588.864.00).

Cuarto: De conformidad con la liquidación contenida en la parte motiva de esta providencia, condenar a la FIDUCIARIA POPULAR S.A. a pagar a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA – EN LIQUIDACION, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este laudo, por concepto de intereses remuneratorios la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS MCTE (\$1.283.525.929.00)

Quinto: De conformidad con la liquidación contenida en la parte motiva de esta providencia, condenar a la FIDUCIARIA POPULAR a pagar a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA – EN LIQUIDACION, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este laudo, por concepto de intereses moratorios, la suma de DOS MIL CIENTO VEINTIUN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$2.121.287.984.00).

Sexto: De conformidad con la parte motiva, desestimar las excepciones de mérito propuestas por la FIDUCIARIA POPULAR S.A. en el escrito de contestación de la demanda.

Séptimo: De conformidad con la parte motiva del presente laudo, acceder a la pretensión contenida en el llamamiento en garantía y declarar que la FIDUCIARIA POPULAR S.A. pagó lo no debido a la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y que, en consecuencia, tiene derecho a su reembolso.

Octavo: En consecuencia y, de conformidad con la parte motiva de este laudo, declarar que la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO está obligado a reembolsar a la FIDUCIARIA POPULAR S.A., la suma de SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA MILLONES CIENTO CATORCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL PESOS MCTE (\$7.230.114.793.00), por concepto de capital e intereses remuneratorios.

Noveno: De conformidad con la parte motiva, desestimar las excepciones de mérito propuestas por LA NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

Décimo: De conformidad con la parte motiva de esta providencia, condenar en costas y agencias en derecho a la FIDUCIARIA POPULAR S.A. y, en consecuencia, condenar a la FIDUCIARIA POPULAR S.A. a pagar a la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA – EN LIQUIDACION, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del presente laudo la suma de CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$179.578.688.00)

Undécimo: De conformidad con la parte motiva de esta providencia, condenar en costas a la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y, en consecuencia, condenar a la NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO a pagar a la

Tribunal de Arbitramento de ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA – EN LIQUIDACION contra FIDUCIARIA POPULAR S.A.

FIDUCIARIA POPULAR S.A., dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del presente laudo la suma de NOVENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL OCHENTA Y DOS PESOS MTCE (\$96.720.082.00).

Duodécimo: En firme este laudo, protocolícese por el Presidente del Tribunal en una Notaría del Circulo Notarial de Bogotá, de conformidad con el artículo 159 del decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones.

Trigésimo: Expedir copias auténticas del presente laudo a cada una de las partes, al Ministerio Público y a la Cámara de Comercio de Bogotá, con las constancias de Ley.

Proferido en Bogotá D.C., a los 3 de junio 2009.

NOTIFIQUESE,

El Arbitro Unico,

JORGE PINZON SANCHEZ

La Secretaria,

ALEJANDRA VASQUEZ VELANDIA