

## Potestad administrativa en la liquidación de Empresas Sociales del Estado

### Administrative power in the liquidation of State Social Enterprises

Autores:

Uriel Ángel Pérez Márquez<sup>1</sup>

Gina Patricia Vélez Ortiz<sup>2</sup>

#### RESUMEN

El proceso de supresión y liquidación de las Empresas Sociales del Estado que se adelanta por la entidad territorial a la cual están adscritas, cuando aquellas se vuelven financieramente inviables, permite la conformación de grupos de acreedores que se hacen parte en el proceso utilizando las herramientas que la ley les brinda para tal efecto; el hacer caso omiso de ellas puede llevarlos a la insatisfacción de sus créditos. Este artículo presenta la tesis de la ausencia de un conflicto de competencia entre una autoridad judicial que conoce de un proceso ejecutivo adelantado contra una entidad liquidada y la entidad territorial a la que esta estuvo adscrita, por no ser esta última una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, para estos fines.

#### Palabras Claves:

Reorganización empresarial, autoridad administrativa, función jurisdiccional, conflicto de competencia

#### ABSTRACT

The process of dissolve and liquidate a state social company leading by the state attached to it, when the company isn't viable allows its créditos to become part of the process in the matters of the law, and not attending this terms leads them to not get paid by the end of it. This article presents the absence of competition conflict theory between a judicial authority that is attending a collection lawsuit against a liquidate company and the state it was attached to, for not being this an jurisdictional function administrative authority.

#### Keywords:

Business reorganization, administrative authority, jurisdictional function, competition conflict

<sup>1</sup> Abogado litigante y consultor especializado. Árbitro y conciliador. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo (universidad Externado de Colombia). Especialista en Contratación Estatal (Universidad de Medellín). Estudios de Maestría en Derecho Administrativo (Universidad Externado de Colombia). magister en Contratación Estatal (universidad de Medellín). Docente en pregrado y posgrado, con experiencia en investigación. Tutor temático de maestría en Derecho Penal (Universidad Sergio Arboleda) Conjuez del Tribunal Administrativo de Bolívar y de la Comisión seccional de disciplina de Cartagena. Autor y columnista. <https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/EnRecursoHumano/inicio.do>. [uriel.perez@curvirtual.edu.co](mailto:uriel.perez@curvirtual.edu.co)

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad de Cartagena. Bilingüe. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico-Negociales de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia. Catedrática Universitaria. Directora de Defensa Judicial de la Gobernación de Bolívar. [ginapatriciavelez@hotmail.com](mailto:ginapatriciavelez@hotmail.com)

## INTRODUCCIÓN

Las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidad pública, descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa cuyo objeto es prestar servicios de salud, comprendiendo estos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del sistema de seguridad social en salud.

La organización de estas empresas se constituye en parte obedeciendo a una estructura básica consistente en: dirección, atención al usuario y logística, y en parte de acuerdo a las necesidades y requerimientos de los servicios que deba ofrecer cada una de ellas.

Siendo una de las condiciones de este tipo de empresas el que tenga un patrimonio propio, se puede entender que no puede depender de alcaldía, gobernación ni organización estatal alguna, sino que debe ser autosustentable, es decir que debe prestar servicios y obtener un beneficio. De igual manera, son susceptibles de fracasar en el caso de no poder financiar las obligaciones en que incurre por su propio funcionamiento. Y de tal manera, son susceptibles también de ser liquidadas según indican las normas del caso.

Se presenta a menudo, tras las liquidaciones de las Empresas sociales del estado, la aparición de acreedores de estas empresas que exigen ser incluidos dentro de la masa de la liquidación a pesar de que ya el proceso de liquidación ha concluido. Poniendo esto en riesgo la igualdad en que se presumen los acreedores en estos procesos liquidatorios quienes si atendieron a los plazos fijados por las normas.

Las opiniones sobre estas situaciones son variadas y se pueden ver en los resultados de diversos procesos. Frente a esto nos interesa demostrar la tesis de que por un lado los entes administrativos no tienen, al respecto, otra opción que obedecer al pie de la letra la ley, pues esa obligación viene de la mano de las mismas funciones jurisdiccionales que les son otorgadas. Y por el otro lado, que no existe un conflicto de competencia entre las autoridades judiciales que conocen los procesos ejecutivos adelantados contra una entidad liquidada y la entidad territorial en la que la liquidada estuvo adscrita, por ser esta una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales extraordinarias, es decir solo con el fin de ejecutar la liquidación.

## MATERIALES Y MÉTODOS

Las reflexiones aquí plasmadas provienen de una investigación cualitativa dado que utiliza la recolección de datos sin medición numérica (Sandoval, 2002) y su propósito es la reconstrucción de la “realidad” como fruto de un proceso histórico de construcción, vista de conformidad con la lógica y el sentir de sus protagonistas.

Además se tiene que la Investigación es de la clase Jurídica. Dentro de esta clase, se ubica dentro del género de las teórico-Jurídicas (Briones, 2005).

La presente opinión tiene un método descriptivo y documental bibliográfico. Es descriptivo porque busca exponer los fundamentos teóricos y jurisprudenciales del control inmediato de legalidad. Es documental pues se realiza apoyándose en fuentes de carácter documental. Es del carácter especial de las bibliográficas pues su objeto de estudio está en la jurisprudencia, obras jurídicas de distinta índole, que recogen los supuestos y planteamientos respecto al control inmediato de legalidad de las decisiones adoptadas en el estado de emergencia económica, social y ecológica.

El método a partir del cual se realizará el presente documento también es el hermenéutico, entendido como la interpretación del texto, en la que la el intérprete se liga con la cosa transmitida, resinificándola a partir de su experiencia (Nina Ferrer, Juan Acosta, Donaldo Villegas, 2018). En consonancia con lo anterior, la técnica predominante será el análisis documental, haciendo también uso de matrices para triangulación hermenéutica de los resultados.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### I.

Cuando hablamos de reorganización empresarial automáticamente nos enfocamos en el Código de Comercio, las leyes 222 de 1995, 550 de 1999, 1116 de 2006, 1105 de 2006 y demás normas concordantes; y por supuesto en la empresa privada (sociedades comerciales con ánimo de lucro) y su fundamento constitucional (artículo 333), olvidando que en ocasiones el Estado también funciona como una sociedad constituida en los términos del artículo 110 Código de Comercio<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> *La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual expresará:*

- 1) *El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las personas naturales deberá indicarse su nacionalidad y documento de identificación legal; con el nombre de las personas jurídicas, la ley, decreto o escritura de que se deriva su existencia;*
- 2) *La clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma, formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código;*
- 3) *El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución;*
- 4) *El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél;*
- 5) *El capital social, la parte del mismo que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año;*
- 6) *La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad;*
- 7) *La época y la forma de convocar y constituir la asamblea o la junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia;*
- 8) *Las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales, y la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse;*
- 9) *La duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma;*
- 10) *La forma de hacer la liquidación, una vez disuelta la sociedad, con indicación de los bienes que hayan de ser restituidos o distribuidos en especie, o de las condiciones en que, a falta de dicha indicación, puedan hacerse distribuciones en especie;*

Vamos a detenernos un poco en la normativa antes señalada.

El artículo 167 del código de comercio prevé la transformación societaria antes de su disolución (no liquidación), es decir antes que converjan alguna de las causales de disolución previstas en la legislación vigente, bien sea las generales o las específicas para cada tipo societario.

La transformación es el inicio de la reorganización empresarial: en primer lugar, implica el cambio de cierto régimen jurídico, de la manera que la antigua forma de organización resulta modificada hacia una diferente. En segundo término, la transformación no conlleva el surgimiento de una nueva sociedad, ni mucho menos la sociedad que se transforma debe, por ese hecho, disolverse o liquidarse.

Como consecuencia de esta afirmación, y siendo aspecto esencial que considerar, la persona jurídica continúa siendo la misma. Por lo tanto, con la transformación no se modifica la identidad ni la continuidad del ente moral como tal. En el fondo la persona jurídica sigue siendo la misma, simplemente adquiere una tipología social diferente. En tercer lugar, la transformación es causal de reforma estatutaria, previa aprobación de las mayorías legales y estructurales exigidas en cada caso concreto. En cuarto punto, la transformación, vale decir, la solemnización de la reforma, debe producirse antes de la disolución de la sociedad transformada (Leal, 2019).

Así mismo, Francisco Ferrara se refiere a ella como *la adopción por la sociedad, de un tipo jurídico distinto al adoptado antes, con la consecuencia de tenerse que someter (en lo sucesivo) al régimen correspondiente al nuevo tipo, quedando libre de las normas que la regían hasta ese momento.* (Ferrara, 1949).

Por su parte, la norma mercantil también prevé la fusión de sociedades como una forma de transformación societaria e indica que esta se manifiesta cuando una o más sociedades se disuelven sin liquidarse para ser absorbidas por otra o para crear una nueva (art. 172 Código de Comercio).

La ley 222 de 1995 que reforma la normativa relacionada con el régimen societario explica en detalle, entre otras figuras, la escisión como una forma de reorganización empresarial. La escisión la define como una reforma estatutaria a través de la cual una sociedad sin disolverse divide su patrimonio en dos o más partes con el fin de transferirlo en bloque (una o varias partes) a una o más sociedades existentes o para la creación de una nueva; o bien,

---

11) Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores;

12) El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados;

13) Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, cuando el cargo esté previsto en la ley o en los estatutos, y

14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato.

si se trata de una sociedad disuelta no liquidada, divide su patrimonio en dos o más partes que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.

Por su parte la ley 550 de 1990 se ideó como una ley de intervención económica para hacerle frente a la crisis económica que estaba atravesando el sector empresarial de la época y que a su vez se convirtió en un salvavidas no solo para la empresa privada sino para las entidades territoriales, ya que era solo cuestión de tiempo para que dicha crisis se reflejara directamente en las finanzas públicas de las entidades territoriales, especialmente en los Departamentos ya que los presupuestos de estas se componen además de los giros provenientes del Sistema General de Participaciones que corresponden en el nivel central, de los ingresos provenientes del recaudo de impuestos al consumo de licores, cervezas, cigarrillos, gasolina, entre otros; y al afectarse la economía nacional es evidente que los ingresos por estos conceptos se verían mermados (Vélez, 2019). Salvavidas que se mantiene hoy día pues según información reportada por la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda, para el año 2013, 99 entidades territoriales suscribieron acuerdos de restructuración de pasivos, de las cuales 76 corresponden a municipios no capitales, 15 corresponden a departamentos y 8 a municipios capitales (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2014).

Siguiendo con los salvavidas financieros, el 27 de diciembre de 2006 se expide la ley 1116 con el objeto de proteger el crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor (artículo 1). Es decir, ayudar a la recuperación de empresas viables que se encuentran atravesando dificultades económicas que permite a la empresa desde la suspensión de los procesos ejecutivos en su contra hasta beneficios tributarios. Todo con el objeto de mantener a flote la economía del país e incentivar la empresa privada (y tornar viables las empresas estatales en la medida de lo posible).

Ahora bien, ¿por qué se indica que el Estado en ocasiones funciona como una sociedad constituida en los términos del artículo 110 del Código de Comercio?

El mismo código de comercio nos da la respuesta al definir el contrato social: dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, trabajo o en otros bienes apreciables en dinero con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social; y al constituirse legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

En el momento en que el código usa la expresión personas sin hacer distinción, significa que tanto las personas naturales como las personas jurídicas pueden suscribir un contrato social, y al tomar como base la definición que trae el código civil colombiano de personas naturales y jurídicas, tenemos que el Estado es un ente susceptible de tener derechos y contraer obligaciones y al no ser posible su categorización entre los individuos de la especie humana para ser denominado persona natural, es perfectamente viable encuadrarlo en la definición del artículo 633 CC, y más aún cuando el artículo 80 de la Ley 153 de 1887

señala de forma expresa que La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas y en tal virtud, la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones está a lo largo de todo el texto de la carta política (por citar algunos ejemplos tenemos los artículos 2; 8; 49; 63; 101; 102; entre otros).

Habiendo establecido la capacidad jurídica del Estado, es viable la creación de empresas y sociedades comerciales con el objeto de obtener ingresos no derivados de los impuestos, y a su vez se atiende el mandato constitucional contenido en el artículo 49 cuando se indica que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; y la prestación del servicio de salud por parte del Estado se hará a través de las Empresas Sociales del Estado constituidas como una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso (artículo 194 de la Ley 100 de 1993).

Y aquí es donde el Estado empieza a funcionar como una empresa privada.

Las entidades descentralizadas incluyen todas las entidades *creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio* (artículo 68 Ley 489 de 1998); es decir que son autosostenibles, porque la prestación de un servicio público implica un pago como contra prestación a la actividad desempeñada, y la actividad industrial o comercial, su mismo nombre lo indica, desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado (subrayas fuera del texto original), tal como lo define el artículo 85 de la Ley 489 de 1998.

En el caso específico de las ESE, los contratos suscritos por estas se rigen por las normas de derecho privado por expreso mandato legal (artículo 16 del Decreto 1876 de 1994). Es decir, entidades de derecho público ajustándose al derecho privado. Algunos dirían que es caldo de cultivo para anteponer los intereses económicos a la garantía de los derechos fundamentales. Pero ese es otro debate.

*“El servicio público esencial de la salud debe estar dirigido, coordinado y controlado por el Estado, quien deberá supervisar su prestación con el propósito de lograr que beneficie a todas las personas”* (Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2010)

Lo cierto es que ninguna entidad (bien sea pública o privada) puede subsistir sin un presupuesto que incluya ingresos, en el caso de las ESE también se previó un sistema de reembolso contra prestación por los servicios prestados (artículo 18 Decreto 1876 de 1994); pero al igual que cualquier empresa, si los servicios se prestan y no hay pago alguno por ello, el cierre del establecimiento se vuelve inminente al volverse financieramente inviable:

*Las Empresas Sociales del Estado como entidades descentralizadas deben generar sus propios recursos a través de la prestación de servicios de salud ofertando sus portafolios de servicios los cuales deben ser gestionados, facturados, radicados y cobrados a las Entidades Responsables de Pago (EPSS, EPSC, aseguradoras, entes territoriales, IPS privadas y regímenes especiales) con el fin de generar sus ingresos y así cumplir con los gastos operacionales en el cumplimiento de su misión Constitucional (Mora, 2013).*

Sin embargo, dicha facturación se vuelve una labor titánica para las empresas públicas que va desde el errado manejo de la información suministrada por el área médica hasta la entrega oportuna y exacta de la misma, lo que impide a su vez que la gestión de cobro de los servicios sea eficiente y que estos ingresos permitan a su vez el pago oportuno de proveedores de bienes y servicios, entre los que se cuenta por su puesto el recurso humano.

La errada elaboración de la factura correspondiente a los servicios prestados genera devolución de esta por parte de las EPS (régimen contributivo y subsidiado) porque en muchos casos no se detallan de forma adecuada datos básicos como la correcta identificación del paciente (nombre y número de identificación), hora de ingreso, exámenes y procedimientos realizados, medicamentos suministrados, o en su defecto no se adjuntan los soportes de los servicios realizados; lo que conlleva a su vez a prolongar el tiempo de pago que en muchas ocasiones supera en demasía el término para ello y en consecuencia no se puede cubrir los gastos de la entidad a tiempo y se encarece la financiación con los consignatarios.

Lo anterior se traduce a su vez en una deficiente prestación de servicios como consecuencia de la falta de insumos para la asistencia médica adecuada, generando a su vez desequilibrios económicos que elevan la carga prestacional de la entidad haciendo imposible su atención en el normal devenir contractual de la misma, y ahí es cuando echamos mano de los recursos que para ello prevé la normatividad vigente, tales como la transformación, escisión, fusión, suscripción de acuerdos de reestructuración de pasivos; y en el peor de los casos, supresión y la liquidación de la entidad.

## II.

Desde que la constitución política permitió la descentralización del servicio de salud, este quedó a cargo de las entidades territoriales, que a su vez, a través de ordenanzas y acuerdos locales crearon sus propias empresas sociales cuyo panorama no es el más alentador al nacer con un déficit presupuestal propio de la nación cuando la prestación del servicio de salud estaba centralizado, al punto que en el año 2011 se expidió la ley 1438 a través de la cual se permitió el pago de la deuda de las ESE anterior a diciembre de 1993 correspondiente a pasivo prestacional y reserva pensional.

Esta ley también permitió la suscripción de convenios de desempeño para el rediseño, modernización y reorganización de Instituciones Prestadoras de Salud públicas; la adopción de programas de saneamiento fiscal y financiero para el saneamiento de pasivos (cuyo incumplimiento podría llevar a la suscripción de un acuerdo de reestructuración de pasivos,

intervención de la entidad por parte de la Superintendencia Nacional de Salud o la fusión; supresión y liquidación de la entidad).

Dentro de las medidas adoptadas por el gobierno, se incluyó la categorización de riesgo de las ESE en alto, medio o bajo, según la capacidad para financiar las obligaciones, lo cual a su vez implicó unas cargas para las ESE, ya que aquellas categorizadas como de riesgo medio o alto, debían suscribir programas de saneamiento fiscal y financiero y su no adopción, daría lugar a la intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. Aquellas que incumplieron lo acordado y no pudieron sanear su déficit, fueron fusionadas, o suprimidas y después liquidadas.

En el caso de las ESE del orden departamental, estas pueden ser fusionadas o suprimidas y liquidadas por el gobernador del respectivo departamento previa autorización de la Asamblea (artículo 305 numeral 8 de la Constitución Política, leyes 489 de 1998; 715 de 2001; 819 de 2003; 1105 de 2006) cuando estas no son viables desde el punto de vista financiero y una vez la Asamblea otorga las facultades respectivas (pro t mpore), el gobierno departamental procede a expedir los decretos correspondientes para la supresión y liquidación de la entidad en comento.

Además, de conformidad con lo establecido en la Ley 715 de 2001, el Estado tiene, entre otras atribuciones, la de establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica y/o administrativa de las instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de la Superintendencia Nacional de Salud en los términos que la normativa disponga. (Sentencia C-089 de 2018)

Esta liquidación est  totalmente reglada y sigue los lineamientos del Decreto 254 de 2000 (modificado por la ley 1105 de 2006) y demás normas concordantes: se designa un liquidador, se prohíbe la ejecución de actividades no relacionadas con la liquidación, se dictan disposiciones para la atención del pasivo prestacional, empleados con fuero sindical, inventario de los activos que hacen parte del proceso liquidatorio, bienes afectos al servicio, etcétera; y por supuesto el procedimiento para que aquellas personas que tengan reclamaciones de cualquier índole contra la entidad en liquidación para que comparezcan en los términos de ley y se constituyan como acreedores de la masa de la liquidación. Lo cual no excluye a aquellos acreedores con procesos judiciales, bien sea ordinarios o ejecutivos, pero el tratamiento será distinto. Si se trata de un proceso ordinario, el liquidador deberá realizar el inventario respectivo y garantizar la adecuada defensa de la entidad en liquidación; pero si se trata de procesos ejecutivos, deberá informar a los despachos judiciales del inicio del proceso de liquidación de forma tal que se ordene la terminación de los procesos para que se acumulen al proceso de liquidación.

### III.

Pero  Qu  pasa si pese a la publicación de los avisos emplazatorios y la comunicación a los jueces de la república, un acreedor con un título ejecutivo claro, expreso y exigible no se hace parte del proceso liquidatorio, y cuando solicita al juez de conocimiento la terminación del proceso para que la acreencia forme parte de la masa de la liquidación ha



concluido el proceso de liquidación de la entidad? ¿esto quiere decir que el deudor no existe?

El literal d) del artículo sexto del Decreto 254 del 2000 señala que es función del liquidador 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, con el objeto que estos se acumulen al proceso de liquidación; obligación que implica una pérdida de competencia funcional para los jueces que estén conociendo de los procesos ejecutivos independientemente del estado en que se encuentren, y en esa medida se puede decir que las actuaciones adelantadas con posterioridad al inicio del proceso liquidatorio son nulas porque se adelantó por quien no tenía competencia para ello.

Del mismo modo la Corte constitucional en la (Sentencia C-735 de 2007) menciona que en virtud del artículo 23 de la ley 1105 del 2006 se establece un término procesal de cuarenta y cinco (45) días para que todos los acreedores hagan valer sus derechos en el proceso de liquidación, de suerte que, si no se formula oportunamente la reclamación correspondiente, se pierde, en virtud del principio procesal de preclusión, la posibilidad de invocarlos en dicho proceso.

Ya que las acreencias que pueden ser reconocidas dentro de un proceso de liquidación judicial son aquellas que son presentadas de manera oportuna, y con el cumplimiento de lleno de los requisitos legales, donde el acreedor debe demostrar su existencia y cuantía.

Debido a que lo que se persigue en un proceso de liquidación judicial es una liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del estado de insolvencia del deudor, para tener un beneficio de su patrimonio, este proceso tiene carácter universal por el cual se impone a todos los acreedores la obligación de comparecer al proceso, a fin de hacer valer sus créditos, ya que a ningún acreedor le es permitido ejercer su derecho por fuera del concurso, pues cualquier pago preferente o sustraído de las normas del concurso, violaría el principio de igualdad que debe reinar entre los acreedores. (Super sociedades, 2017).

Por ende, cuando un acreedor presenta su crédito de forma extemporánea se estaría rompiendo con el procedimiento establecido para este tipo de procesos concursales y supondría de paso el menoscabo del derecho a la igualdad de los demás acreedores a quienes, en su misma situación, presentaron extemporáneamente sus créditos.

Recordemos que los procesos concursales se rigen por el principio de la igualdad de los acreedores o *par conductio omnium creditorum*, y de universalidad subjetiva, que consiste en la obligación que tienen todos los acreedores de acudir al proceso para obtener la satisfacción de sus acreencias hasta donde los activos a liquidar lo permitan.

Es que, los términos perentorios que rigen el procedimiento judicial de liquidación obligatoria buscan asegurar que a los diferentes acreedores se les liquide y reparta el patrimonio de la sociedad de manera eficaz, celeres y respetando el derecho a la igualdad. De esta manera, permitir que acreedores que dejaron vencer el plazo fijado en la ley para presentar sus créditos, puedan mediante la acción de tutela revivir dichos términos, desfiguraría el procedimiento aludido, con la consecuencia de obstaculizar la efectividad de

los derechos de aquellas personas que sí presentaron sus créditos a tiempo y de alterar las reglas de juego diseñadas para promover el derecho a la igualdad. (Sentencia T-513 de 2009)

Ahora bien, el numeral primero del artículo 133 del Código General del Proceso indica que el proceso es nulo en todo o en parte cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o competencia; pero como estamos ante el supuesto en el que no se solicitó al juez de conocimiento la terminación del proceso por lo que este no pudo declarar la falta de competencia. ¿Y si la entidad en liquidación simplemente guardó silencio?

Si analizamos el mismo supuesto con el agravante del silencio de las partes, nos encontramos en los eventos descritos en los numerales 1 y 2 del artículo 136 de la misma compilación: la parte que podía alegarla no lo hizo porque tampoco actuó en el proceso y por ende tampoco pudo convalidar la actuación, por lo cual estamos ante una nulidad no saneada.

En este caso se evidencian dos situaciones: la falta de competencia del operador jurídico para seguir conociendo del proceso y la falta de competencia de la entidad que adelantó el proceso liquidatorio por cuanto este último ya ha concluido. Clásico conflicto de competencia. En palabras de Monroy Cabra:

*“Los conflictos de competencia se presentan dentro de la misma jurisdicción y la colisión de jurisdicciones supone conflicto entre dos jurisdicciones diferentes. No puede olvidarse que la jurisdicción es el género y la competencia la especie. La competencia es la facultad que tiene un juez o un magistrado de una rama jurisdiccional para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio” (Monroy, 1986).*

De igual manera, Devis Echandía dice:

*«Un conflicto de competencias es un conflicto de actividades y no de fallos, como lo anota CHIOVENDA. De esto se deduce que existe conflicto de competencia cuando dos jueces o tribunales estiman, en desacuerdo, que a uno de ellos le compete el conocimiento de un asunto, o que a ninguno de ellos le corresponde.*

*Por consiguiente, existirá competencia positiva, en el primer caso, y competencia negativa, en el segundo caso; ambos quieren conocer o no lo quiere ninguno.*

*Naturalmente, la ley contempla la posibilidad de que estos conflictos se sucedan, y a fin de darles solución crea normas especiales.*

*También se denominan estos casos competencia por declinatoria (la negativa) y por inhibitoria (la positiva).*

*En la competencia por declinatoria se pide al juez que decline su competencia respecto de un asunto del cual está conociendo y que se separe de ese*

*conocimiento, por cuanto es otro el juez competente, y a él deberá dirigirse afirmándole que es suya la competencia; y en la competencia por inhibitoria se pedirá al juez que no está conociendo del asunto, que lo haga por ser competente, y que invite al juez que lo conoce a separarse de él, negándole su competencia.» (Devis, Nociones generales de derecho procesal civil, 2009).*

En esa medida, se da aplicación al contenido del artículo 139 del Código General del Proceso en lo pertinente. La norma en cita plantea los supuestos cuando se trata de conflicto entre operadores jurídicos y a su vez cuando el conflicto se suscite entre autoridades administrativas que desempeñen funciones jurisdiccionales, o entre una de estas y un juez.

*“En sentido estricto por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales; el fin de la jurisdicción se confunde con el del proceso en general; pero este contempla casos determinados y aquella todos en general” (Devis, Teoría General del Proceso, 1984) que citó a (Alcalá, 1945).*

Para Vladimiro Naranjo, la función jurisdiccional tiene por objeto resolver los conflictos jurídicos entre particulares, resolver los conflictos jurídicos entre el Estado y los particulares, castigar las infracciones a la Ley penal y defender el principio de legalidad.

Como estamos ante la facultad de administrar justicia, en Colombia esta es ejercida por regla general por los operadores jurídicos y el Congreso. En circunstancias excepcionales, funcionarios que no pertenecen a ninguno de los dos grupos son investidos con esa potestad. Sin embargo, estas autoridades deben cumplir con todos los criterios de un juez natural para poder desempeñar las funciones que les son conferidas. La facultad de administrar justicia no debe estar en manos de los privados porque es una competencia exclusiva del estado, pero en virtud del principio de colaboración y, en aras de descongestionar la rama judicial, de forma temporal se asigna esta función a determinados particulares, previo cumplimiento de unos requisitos. Y no se le asigna esta función únicamente a los particulares sino también a **determinadas autoridades administrativas** (negrillas de la suscrita).

Para determinar qué cargos de la administración pública ejercen autoridad administrativa, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló que:

*Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la República, contralores departamentales y*

*municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil. (Concepto 413, 1991).*

Las autoridades administrativas son aquellas que ejercen cargos de dirección administrativa y en los términos del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, esta facultad la tienen los alcaldes, secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales, los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

Dichas facultades son conferidas en razón al principio de legalidad, que establece que, en general, todas las autoridades que componen al Estado deben actuar de acuerdo a la constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que les son atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas (Pedro Kuczynski, 2017) y que todo lo que hagan o decidan hacer debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera.

Por lo que de estas atribuciones otorgadas por el ordenamiento jurídico preestablecido, que no solo las atribuye, sino que también las reglamenta, se infiere que se está en presencia de competencias regladas, ya que la ley le indica a la autoridad cómo, cuándo y en qué momento debe ejercerla. Es decir, hay competencia reglada cuando, por una parte, la administración se ve obligada a actuar y, por otra, a hacerlo en un sentido determinado sin posibilidad de apreciación o de escogencia. (Morand-Deviller, 2017).

*En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. En síntesis: todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida. Consejo de Estado, Sala de Consulta. Concepto. octubre 22 de 1975*

De esta manera, el actuar de estos órganos administrativos se halla predeterminado por la ley, y el administrador no tiene otra opción que ejecutar lo ordenado.

Este modo de actuar es congruente con los ideales del Estado social de derecho, porque permite coherencia en la aplicación del poder y salvaguarda los intereses generales de los administrados, de esta manera, el actuar de estos órganos administrativos se halla predeterminado por la ley, y el administrador no tiene otra opción que ejecutar lo ordenado.

IV.

Pero en la práctica es imposible que la norma prevea todas las posibilidades, acciones, relaciones y motivaciones y calcule de manera precisa como se debe actuar en cada ocasión. Por lo tanto, junto a las facultades regladas, deben existir unas facultades discrecionales. Que, para (García de Enterría y Fernández Rodríguez , 1998), la discrecionalidad

*"es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterio extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejerce una potestad discrecional".*

Este poder discrecional de la Administración pública, en varias ocasiones se ha configurado en actuaciones arbitrarias o actuaciones que no responden propiamente al cumplimiento de intereses generales, No obstante, la existencia de la discrecionalidad no significa *libertad* total de decisión para la autoridad administrativa en concreto, puesto que como indica la sentencia (Sentencia C-31 de 1995), la discrecionalidad *estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público.*

Esto nos indica que incluso cuando el comportamiento administrativo no esté siendo regulado de manera directa, es decir, a través de leyes o reglamentos que atañan específicamente a la administración pública; sigue siendo regulado de manera indirecta por normas como la constitución y otros códigos que sientan una serie de principios inviolables que deben ser respetados y por lo tanto limitan la libertad discrecional.

Desde este punto de vista, los principios del régimen de insolvencia del artículo 4 de la ley 1116 de 2006 podrían ser comprendidos como regulaciones indirectas que ponen límites éticos al comportamiento de la administración. Estos principios son: universalidad, igualdad, eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica.

De estos principios, se hace oportuno resaltar algunos que nos parecen primordiales para nuestra discusión: Igualdad, información, eficiencia y universalidad. Estos cuatro principios son fundamentales, no por ser más importante que los otros sino porque sientan una base que se presume de iguales oportunidades para todos los acreedores. Según el principio de igualdad, por ejemplo, todos los acreedores deben recibir el mismo tratamiento, de igual manera, el principio de información permite que toda la información esté sobre la mesa y se pueda consultar para tomar las acciones precisas del caso.

De igual manera, el principio de universalidad indica que todos los acreedores queden vinculados al proceso desde el inicio, junto con la totalidad de los bienes del deudor, y esto permita, teniendo en cuenta el principio de eficiencia, que se aprovechen al máximo todos los recursos existentes para resolver las deudas de todos los acreedores y reactivar la empresa.

Las autoridades administrativas que desempeñan funciones jurisdiccionales están listadas en el artículo 24 del Código General del Proceso. Y si ampliamos el espectro bajo el supuesto que el listado en cita es enunciativo y no taxativo, no se puede obviar el contenido del artículo 116 constitucional que a su vez indica cuales son las condiciones que deben darse para que sea posible atribuir funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas (condiciones concurrentes y no alternativas):

1. Excepcionalidad
2. Señalamiento de causas precisas
3. Atribución por parte de la ley
4. Indicación de autoridades administrativas determinadas

## CONCLUSIONES

Lo anterior nos lleva a concluir que las entidades territoriales (departamentos) no poseen funciones jurisdiccionales, y si en gracia de discusión retomamos la expresión final del inciso segundo del artículo 190 de la Ley 136 de 1994 que a su tenor dispone: *a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias*, y señalamos que la conjunción **y** que une las últimas dos oraciones es copulativa, significa que tienen función jurisdiccional los funcionarios que hacen parte de la oficina de control interno y que además tienen facultades para investigar las faltas disciplinarias; pero si la interpretación nos lleva a concluir que la conjunción **y** es disyuntiva, la ley señala que se trata de funcionarios distintos, es decir los que hacen parte de control interno y los que tienen facultades para investigar las faltas disciplinarias (oficina de control disciplinario en aquellas entidades en que ambas funciones se encuentran separadas); y en el caso de las entidades territoriales tienen facultades para investigar faltas disciplinarias de sus funcionarios, lo que les daría la calidad de ser autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales pero únicamente para esa materia, es decir, para investigar las faltas disciplinarias.

La ley nada dice con respecto de otras funciones en el devenir de su ejercicio administrativo y basándonos en la regla de hermenéutica jurídica que señala que en donde la ley no distingue, al intérprete no le es dado distinguir; no se puede ir más allá de lo plasmado en la norma, además que iría en contra de la característica de especialidad que señala el artículo 116 constitucional con relación a las funciones jurisdiccionales atribuidas a las autoridades administrativas.

Es decir, la actuación del funcionario administrativo no se rige por el aforismo “Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” que constituye una garantía fundamental de la persona humana. Sino por la cara opuesta de esa garantía: el funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones solo puede hacer lo que la ley le permite hacer y está impedido de hacer lo que ella no le faculta. (Vílchez, 2002)

El artículo 121 de la constitución política dispone que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la constitución y la ley.

Lo cual reitera la Corte Constitucional en la (Sentencia C-893 de 2003), cuando enuncia *“así las cosas, los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, y de ello son responsables. A diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba, principio encaminado a la protección de los intereses de los administrados”*.

Lo anterior también nos lleva a concluir que, si en materia de supresión y liquidación de entidades descentralizadas del orden departamental se quiere asemejar dicha potestad a las funciones que en esa materia tiene la superintendencia de sociedades, no es posible hacer dicha analogía ya que también iría en contra del contenido del artículo 116 constitucional con los requisitos antes transcritos.

Como sustento de lo anterior tenemos que el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 indica que las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales no serán objeto de estudio de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en tratándose de decisiones proferidas por la administración departamental en el curso de los procesos liquidatorios que adelanta sobre sus entidades descentralizadas y los fallos proferidos en ejercicio de las facultades de investigar faltas disciplinarias si son susceptibles de control judicial por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Compete a la constitución y la ley establecer que autoridades administrativas están investidas de funciones jurisdiccionales y en especial en qué asuntos en aras de evitar que la excepcionalidad de la figura se convierta en la regla general.

## REFERENCIAS.

Alcalá, N. (1945). *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México.

Corte Constitucional, Sentencia C-089/2018. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-089-18.htm>

Consejo de estado. Concepto 413 de 5 de Noviembre de 1991).

Consejo de estado, Sala Consulta. Concepto. 22 de octubre de 1975. Citado en Sentencia T-395 de 2003. Corte Constitucional. Obtenido en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-395-03.htm>

Corte Constitucionaal, Sentencia C-735 de 2007. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20038483>

Corte Constitucional, Sentencia C-31 de 1995. Obtenido de

[https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-031-95.htm#:~:text=CP.\)-.El%20grado%20de%20discrecionalidad%20que%20a%20las%20autoridades%20o%20respectivas%20se,entonces%20ning%C3%BAAn%20vicio%20de%20inconstitucionalidad.](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-031-95.htm#:~:text=CP.)-.El%20grado%20de%20discrecionalidad%20que%20a%20las%20autoridades%20o%20respectivas%20se,entonces%20ning%C3%BAAn%20vicio%20de%20inconstitucionalidad.)

Corte Constitucional, sentencia C-893 de 2003. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-893-03.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2010. Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-117-10.htm>

Corte constitucional, sentencia T-513 de 2009. Obtenido de

[www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-513-09.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-513-09.htm)

Devis, H. (1984). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Universidad.

Devis, H. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis.

Ferrara, F. (1949). *Empresarios y sociedades*. Madrid: Revista de derecho privado.

García de Enterría y Fernández Rodríguez. (1998). *Curso de Derecho Administrativo Tomo 1 ( 8 edición)*. Madrid.

Leal, H. (2019). *Derecho de sociedades comerciales partes general y especial*. Bogotá: Leyer.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2014). *Efectos de la ley de reestructuración de pasivos (Ley 550 de 1990) en las entidades territoriales*. Bogotá: Minhacienda.

Monroy, M. (1986). Conflicto de jurisdicción y competencia. *Revista del instituto colombiano de derecho procesal*, 43-54.

Mora, M. (2013). *Repositorio Universidad Militar*. Obtenido de

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11472/Dificultades%20Financieras%20en%20las%20Empresas%20Sociales%20del%20Estado%20de%20Bogota.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Morand-Deviller, J. (2017). *Derecho administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallo, traducido por ZORAIDA RINCON ARDILA, JUAN CARLOS PELAEZ GUTIERREZ*. Bogotá: Universidad del Externado.

Pedro Kuczynski, M. S. (2017). *Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, N.º 27444*. Obtenido de

[http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/texto-unico.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/texto-unico.pdf)



Super sociedades. (2017). *OFICIO 220-101488 DEL 18 DE MAYO DE 2017*. Obtenido de [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO%20220-101488.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-101488.pdf)

Vélez, G. (2019). Tesis de grado maestría. Universidad Libre. *Propuesta de un modelo de prevención de responsabilidad por daño antijurídico en la Gobernación de Bolívar*. Cartagena, Colombia.

Vílchez, J. M. (2002). *LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA NORMA INCONSTITUCIONAL: ¿CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA?* Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/\\$FILE/ctrl\\_legal\\_administrativo.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/$FILE/ctrl_legal_administrativo.pdf)