**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Alcance**

La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sostenido que la caducidad propende porque las acciones se ejerzan en el tiempo previsto por razones de seguridad jurídica e igualmente para garantizar el derecho de defensa. Quien pretenda la definición de un derecho o la solución de una controversia tiene entonces la carga de instaurar la acción dentro del plazo fijado por la ley pues, de no hacerlo, en tiempo oportuno, pierde la posibilidad de acceder a la jurisdicción. Por otro lado, es importante anotar que dicha figura no admite suspensión distinta de la prevista con fines de conciliación, tampoco renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de manera oficiosa por el juez; esto es, “la caducidad no se suspende ni interrumpe por ningún motivo, su causación es objetiva sin consideración a las partes”, habida cuenta de su naturaleza de orden público lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad de ser declarada de oficio, cuando se verifique su ocurrencia.

**CONTRATO - Definición**

De conformidad con la definición traída por el artículo 1495 del C.C. el contrato es “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, mientras que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que “[s]on contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto [entidades estatales] , previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (…)”, es decir, se trata de un acto jurídico bilateral producto del acuerdo de voluntades celebrado entre las partes contratantes, cuando una de ellas sea una entidad pública en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

CONTRATOS ESTATALES - Régimen jurídico aplicable

En el marco del ordenamiento jurídico vigente, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar. La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 del mismo compendio normativo, disposición que, para efecto de definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato.

**CONTRATO ESTATAL - Acuerdo de accionistas**

Así las cosas, del análisis de las pruebas allegadas al plenario, huelga concluir que el “acuerdo de accionistas”, suscrito, entre otros, por el departamento de Caldas y cuyas obligaciones comprometieron también la voluntad societaria de la EPS de Caldas, empresa de carácter público como se señaló ut supra – párr. 4.1.- es un contrato, comoquiera que genera obligaciones de dar y hacer para esta última y para los accionistas primigenios (…) En el mismo sentido, no cabe duda del carácter estatal del contrato, en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, en tanto son partes del mismo varias entidades públicas, entre ellas, el departamento de Caldas y la misma EPS de Caldas, pues, como se ha advertido, a través de su máximo órgano societario –la Asamblea General de Accionistas- le impartió aprobación al acuerdo de accionistas, contentivo de compromisos que incluyen el capital social, de donde no le asiste razón cuando argumenta, en su defensa, que se trata de un negocio jurídico privado cuya competencia escapa a esta jurisdicción. Asunto sobre el que la Sala se pronunciará a continuación.

**NULIDAD DEL CONTRATO - Nulidad absoluta - Declaratoria de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato**

El artículo 1742 del Código Civil autoriza el decreto oficioso de la nulidad absoluta por parte del juez, al tiempo que establece dicha declaración como imperativa siempre que se encuentre plenamente demostrada en el proceso, con audiencia de las partes o sus causahabientes, como lo prevé el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, mediante el cual se modificó el artículo 87 del C.C.A.

**NULIDAD DEL CONTRATO - Efectos de la declaratoria - Causales**

La declaratoria de nulidad de los contratos, implica, la interrupción de la eficacia futura, pero también retroactiva en cuanto sea posible y por ende, conduce a la extinción de las obligaciones entre las partes. En los contratos estatales la nulidad se produce por causas adicionales a las previstas en el derecho privado. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 estipula que son nulos por las razones dispuestas en el derecho civil, y también cuando: i) se celebran con personas incursas en inhabilidad o incompatibilidad, ii) se celebran contra expresa prohibición constitucional o legal, iii) se celebran con abuso o desviación de poder, iv) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, v) se celebren con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esa ley.

**NULIDAD DEL CONTRATO - Acreditación - Interés directo**

La nulidad absoluta del contrato estatal pueden alegarla las partes, el agente del Ministerio Público, cualquier persona que acredite interés directo o declararla oficiosamente el juez, siempre que se encuentre plenamente demostrada en el proceso, con audiencia de las partes o sus causahabientes, como lo prevé el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del C.C.A; además, no es susceptible de saneamiento por ratificación. De otra parte como sucede con la nulidad relativa en el derecho privado, en la contratación estatal este vicio se configura por los demás defectos de que adolezca el negocio susceptible de saneamiento por ratificación o por prescripción, de 2 años contados desde que ocurre el hecho generador.

**NULIDAD DEL CONTRATO - Parcial - Ley 80 de 1993**

Así mismo, la Ley 80 de 1993 consagra la figura de la nulidad parcial, la cual consiste en que “la nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidarán la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada”. A diferencia del derecho privado, el estatuto de contratación pública dispone que si se declara la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, se reconocerá y pagarán las prestaciones ejecutadas hasta la adopción de la decisión. No obstante, si el contrato es nulo por objeto o causa ilícita, la entidad sólo debe pagar el beneficio que el contratista le haya prestado.

**NULIDAD DEL CONTRATO - Nulidad absoluta del contrato - Causal - Falta de competencia**

A juicio de la Sala, le asiste parcialmente razón al Ministerio Público en la objeción presentada respecto del “acuerdo de accionistas”, en tanto fue suscrito por la totalidad de los socios y entre ellos, por quienes fungían como representantes del departamento ante la junta directiva de la EPS de Caldas, esto es, con funciones de administración conforme a la definición traída por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995. Lo anterior, respecto de las obligaciones asumidas para votar en bloque en las futuras asambleas generales de accionistas, respecto de las cuales, la ley restringió su participación de forma manifiesta en el artículo 70 de la misma norma que dispone, como ya se ha enunciado, que sólo se permita el alcance de dicho tipo de acuerdos a los socios no administradores. De donde, las referidas estipulaciones se encuentran viciadas de invalidez por haber sido convenidas, sin competencia y en contra de expresa prohibición normativa (artículo 44 numeral 2º de la Ley 80 de 1993).

**SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA - Aplicación del principio in iure sicu fit ita solvitur res**

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-953 de 1999, dejó en claro que en el nivel departamental, las sociedades de economía mixta pueden ser creadas por los gobernadores, previa autorización de la Asamblea. (…) En tal virtud, se tiene que para modificar, extinguir o en general, adoptar decisiones que implicaran la disposición del activo público representado en la participación accionaria del Estado, o para el caso concreto, del departamento de Caldas, en la sociedad de economía mixta pública EPS de Caldas, se debían observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación de dichas entidades, de tal suerte que, para ello, debía existir también una ordenanza que autorizara al gobernador a modificar o reducir la participación del departamento en la sociedad. En otras palabras, la reforma estatutaria realizada y avalada por la Asamblea General de Accionistas en sesión de 5 de junio de 2002 debía contar con ordenanza que la autorizara. Al respecto, es de recordar el principio general de derecho, denominado por los romanos in iure sicu fit ita solvitur res, conforme al cual “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”.

**ACUERDO DE ACCIONISTAS - Nulidad - Procedente por falta de competencia y objeto ilícito**

De los antecedentes de la contratación obrantes en el plenario, no se colige autorización de parte de la Asamblea Departamental asumir compromisos dispositivos de la participación de la entidad territorial en la EPS, pues no obra en el plenario ordenanza alguna en la que se haya establecido tal habilitación, ni consta dicha autorización en las actas de las asambleas generales de accionistas o de la junta directiva, de donde, conforme a lo probado en el proceso, el representante del gobernador actuó con falta absoluta de competencia para adquirir las obligaciones allí fijadas. Lo anterior, comoquiera que, aunque la capitalización de la EPS de Caldas fue autorizada por la Asamblea Departamental de Caldas mediante ordenanza de no. 418 de 2001, en lo atinente a la compra de acciones por parte de Inficaldas, no se probó que hubiera sido autorizado el ingreso de capital privado y cambio de naturaleza jurídica de la sociedad, así como la imposición de obligaciones de reforma estatutaria como la reducción de capital acordada en el denominado “acuerdo privado de accionistas”, pues, cuestionada sobre el punto, la Asamblea Departamental de Caldas señaló que “revisados los archivos que reposan en la Asamblea Departamental de Caldas, correspondientes al periodo 1998 a 2003, [no reposa] ordenanza alguna en la que se hable de la modificación de la naturaleza jurídica de la Empresa Promotora de Salud de Caldas S.A. E.P.S. de Caldas S.A”. Aunado lo anterior, quien suscribió el contrato por parte de la gobernación, lo hizo en virtud de poder especial proferido por el gobernador para representar al ente territorial en la Asamblea General de Accionistas del 5 de junio de 2002 y para “firmar, bajo estricta sujeción a la Ley, el acuerdo de accionistas relacionado con la capitalización de la empresa”. Ahora la Ley 80 de 1993 establece que la función contractual reside en los jefes y representantes legales de las entidades, y que la misma puede ser delegada total o parcialmente, empero ello no comporta autorización para del activo público, en particular si se considera que la asamblea no otorgó facultades al gobernador.

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Falta - Legitimación pasiva - EPS de Caldas no fue vinculada al proceso**

En este punto, la Sala pone de presente que, la condición de sociedad anónima por acciones de la EPS de Caldas una sociedad anónima por acciones y al tiempo la falta de legitimación para exigir a los socios por el cumplimiento de obligaciones sociales conforme lo dispone el artículo 252 del C. Co. Así, “no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales. Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos (…)”. Asunto sobre el que se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-090 de 2014, en el que se analizó el alcance de la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital, como la anónima, y se estableció su compatibilidad con la Constitución. En ese orden, en seguimiento de lo dispuesto por el artículo 1742 del Código Civil, la Sala no podrá declarar la nulidad absoluta del contrato en cuestión pese a la ilegalidad advertida que vicia la totalidad del clausulado, menos pronunciarse sobre el incumplimiento contractual demandado, comoquiera que la parte interesada no fue demandada, esto es, la EPS de Caldas S.A. en liquidación, persona jurídica distinta de sus socios, quienes no están llamados a responder. Lo anterior, sin perjuicio de la reclamación presentada por la sociedad Platino S.A. ante la liquidadora de la EPS de Caldas y que fue despachada negativamente en resoluciones de 15 de julio y 11 de noviembre de 2003, en las que se indicó que, de conformidad con lo normado por el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 “(…) ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo” –ver. Párr. 4.20. Supra-, pues en todo caso, dichos actos administrativos, una vez ejecutoriados, también serían objeto de control judicial, así como el incumplimiento señalado, el que debe reprocharse a la sociedad, de donde no puede endilgársele responsabilidad a uno de los accionistas, el departamento de Caldas, como se pretendió en la demanda.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 17001-23-31-000-2005-00106-01(36391)**

**Actor: SOCIEDAD PLATINO S.A.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Tema:** *Caducidad de la acción de controversias contractuales; existencia del contrato estatal; responsabilidad de los socios en la sociedad anónima, nulidad absoluta, legitimación en la causa por pasiva; condiciones.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 2 de octubre de 2008, por medio de la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

1. **ANTECEDENTES**
2. **Síntesis del caso**

La demanda interpuesta el 20 de enero de 2005 (fol. 163 a 179, c. 1.), se sustenta en una serie de supuestos fácticos que bien pueden resumirse así:

* 1. La Entidad Promotora de Salud de Caldas S.A. EPS de Caldas S.A., sociedad de derecho público, entró en proceso de liquidación forzosa administrativa de su operación en el régimen subsidiado, con riesgo de no contar con el patrimonio mínimo necesario para operar en el régimen contributivo, conforme a lo normado por el Decreto 1804 de 1999, tal como fue informado a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas en sesión de 16 de enero de 2002 y, por ende, de quedar incursa en causal de disolución.
  2. En tal virtud, los accionistas propiciaron el ingreso a la EPS de un inversionista privado que inyectara el capital necesario para el cumplimiento de su objeto social. Fue así como el 5 de junio de 2002 se adhirió la Sociedad Platino S.A. (cedente de la Clínica de Manizales) al acuerdo celebrado entre los accionistas de la EPS de Caldas,–en el marco del artículo 70 de la Ley 222 de 1995-, con el compromiso de suscribir y pagar mil setecientos noventa y un (1791) acciones privilegiadas clase A por valor de un millón de pesos ($1 000 000 m/cte.) cada una, una vez cedido a su favor el derecho de suscripción por parte de los socios originarios. Por su parte, los accionistas de la EPS, entre ellos, la Gobernación de Caldas, se comprometieron a garantizar la seguridad de la inversión mediante la reducción de capital social con cargo a los accionistas primigenios por asunción de pérdidas, según se estableciera en los siguientes balances contables y la entrega del control administrativo y financiero al inversionista, para lo que se comprometieron a realizar las reformas necesarias, en una próxima Asamblea Extraordinaria de Accionistas.
  3. Acorde con lo convenido, la sociedad Platino S.A. recibió el 2 de agosto de 2002 un título por 1791 acciones clase A y pagó a la EPS de Caldas la suma de 657 millones de pesos, comprometiéndose a cancelar en doce meses el saldo accionario.
  4. La transacción se soportó en los estados financieros de la EPS con corte a 31 de diciembre de 2001, presentados a la sociedad el 31 de marzo de 2002, conforme a la cláusula primera, denominada *“antecedentes del acuerdo”* y el tercer inciso del ordinal (ii) de la cláusula quinta, cuales debían estar firmados, certificados y dictaminados por el representante legal, el contador y el revisor fiscal.
  5. A pesar de la claridad de las obligaciones sobre la información financiera y contable, el balance de la EPS no reflejó la realidad financiera de la empresa, como se avizoró en el balance con corte al 31 de diciembre siguiente, en donde quedó registrado un significativo aumento del costo operacional y una correlativa disminución de la utilidad. Situación que al parecer de la parte actora puso en riesgo su inversión y denota un incumplimiento de lo acordado.
  6. Aduce la parte actora que en materia contable y financiera, la responsabilidad es atribuible a los administradores, comprendiéndose dentro de esta categoría a los miembros de la Junta Directiva. Responsabilidad de carácter solidario e ilimitado que vincula al departamento de Caldas, cuyo representante presidía la Junta Directiva de la Entidad Promotora de Salud y le correspondían importantes gestiones en torno a la viabilidad de la inversión.
  7. En ese orden, al parecer de la demandante, los accionistas de la EPS de Caldas, entre ellos el departamento, obraron con desconocimiento del principio de buena fe exenta de culpa, durante el periodo precontractual y contractual, consistente en ocultar la real situación financiera de la empresa, lo que constituyó un incumplimiento y causó importantes perjuicios a la sociedad demandante que no estaba en el deber jurídico de soportar.

1. **Lo que se pretende**

Con fundamento en lo expuesto, la sociedad PLATINO S.A. formula en contra del departamento de Caldas, demanda de controversias contractuales. Solicita las siguientes declaraciones y condenas (fol. 179, c. ppal.):

*“PRIMERA: Que se declare que la Gobernación de Caldas, como miembro de la Junta Directiva de la EPS de Caldas S.A., es responsable solidariamente y en forma ilimitada por incumplimiento contractual del Acuerdo Privado de Accionistas celebrado entre este ente público y otros de la misma naturaleza y la Sociedad Platino S.A. al dispensar a mi cliente información financiera y contable completamente diversa a la que correspondía a la realidad de esa empresa para la época negocial contractual.*

*SEGUNDA; Que en forma consecuencial a esta declaración se ordene a la Gobernación de Caldas cancelar a mi cliente la suma de mil doscientos trece millones ochocientos sesenta y cinco mil ochocientos cincuenta dos pesos ($1.213.865.852), cifra esta que corresponde a la inversión inicial realizada más el monto correspondiente a la indexación o actualización financiera de la misma.*

*TERCERA: Que se condene a la demandada al pago de las costas y gastos procesales.*

Además, de la interpretación integral de la demanda, se concluye que la actora pretende también *“(…) que se reconozca que, entre la parte demandante y la demandada se celebró un contrato perteneciente a la esfera de los estatales, el cual se incumplió por la Gobernación* *(…)”,* tal como se lee en el acápite *“del contrato y la violación”*.

1. **La defensa de la demandada**

El departamento de Caldas contestó la demanda (fol. 195 a 203, c. 1.). Si bien reconoció la veracidad de algunos de los hechos, manifestó estarse a lo probado en el proceso, al tiempo que solicitó la denegatoria de la totalidad de pretensiones por improcedentes e injustificadas. Propuso al tiempo las excepciones de improcedencia de la acción contractual, inexistencia de la obligación y caducidad.

Consideró que el *“Acuerdo Privado de Accionistas”* no es un contrato estatal por lo que no le serían aplicables las normas del Estatuto General de Administración Pública. Lo anterior, dado que su alcance, conforme al artículo 70 de la Ley 222 de 1995, no va más allá del compromiso de los firmantes a votar en igual o similar sentido, así como la posibilidad de ostentar una única representación en las asambleas generales de accionistas. Así mismo, señaló que la EPS de Caldas, estaba sujeta conforme a su escritura de constitución, al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, de donde a sus negocios les es aplicable el derecho privado, de conformidad con lo señalado por la Ley 489 de 1998. De lo anterior, colige ausencia de relación contractual.

De otra parte, señaló que ninguna obligación se deriva del tipo de acuerdo suscrito. Aunado a lo anterior, indicó que en el acuerdo de accionistas se hicieron expresas las dificultades financieras por las que atravesaba la EPS, al tiempo que se consagró que la inversión privada se destinaría al servicio de la deuda. En tal virtud, señaló que no existió asimetría de información, si se tiene en cuenta que los estados contables fueron puestos a disposición del inversionista y que, con base en ellos, este adoptó la decisión de adquirir acciones privilegiadas de la EPS de Caldas S.A.

Así mismo, sostuvo que conforme al *“Acuerdo de Accionistas”*, la certificación de la veracidad de la información consagrada en los estados financieros presentados a la Asamblea General de Accionistas el 31 de marzo de 2002, estaba a cargo del representante legal, el contador y el revisor fiscal de la EPS, de donde no le asistía obligación alguna a la Gobernación frente a este particular.

Finalmente, señaló que, conforme a la demanda, la real situación financiera y contable habría sido conocida por la demandante a partir de los estados financieros del 31 de diciembre de 2002; no obstante, lo cierto es que la sociedad Platino S.A. conoció dicha situación el 5 de junio de 2002, habida cuenta que en la fecha, por acuerdo de los accionistas se le entregó la administración. Huelga concluir su conocimiento y la caducidad de la acción interpuesta el 20 de enero de 2005.

1. **Alegatos en primera instancia**

La **parte actora** reiteró los hechos y pretensiones de la demanda (fol. 244 a 246, c. ppal.) al tiempo que controvirtió las excepciones presentadas por el departamento de Caldas. Señaló que *i)* no cabe duda de que el contrato es estatal, dado que una de las partes es una entidad pública y que *ii)* aunque el instrumento se denomine *“Acuerdo Privado de Accionistas”*, las prestaciones mutuas acordadas superan la definición del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, al tiempo que consideran, además de los intereses particulares de los accionistas, los de la EPS pública, con el fin de evitar su intervención. De donde, el acuerdo responde a la figura del artículo 1495 del Código Civil, en cuanto genera obligaciones específicamente para los accionistas, entre ellos, el departamento de Caldas. Frente al particular, precisó:

*“(…) observemos que el blindaje de la inversión, en últimas, le confería a Platino S.A. la posibilidad de obtener la recuperación de cualquier suma que no estuviera contabilizada en el balance con corte a 31 de marzo de 2002, a través del reembolso en un término no mayor a 15 días por parte de los accionistas públicos o mediante la dación en pago automática de sus acciones con un castigo del 40%.*

*Lo que sucedió es que la inversión no fue salvaguardada puesto que después de efectuarse la capitalización mediante la suscripción y pago de las acciones por Platino, los socios públicos no reembolsaron de ninguna forma y a favor de mi cliente, como había quedado estipulado, los detrimentos que se produjeron a Platino una vez el ejercicio contable financiero vino a mostrar las cifras reales conocidas en el balance del 31 de diciembre de 2002. Se estaba ante una sociedad ad portas de la intervención estatal y mi cliente lo desconocía por las irregularidades de la contabilidad.*

*Es por esto que la responsabilidad acerca de la salvaguarda contractual, vía indemnización, recae en la Gobernación de Caldas, miembro de la Junta Directiva de la EPS de Caldas durante el tiempo en que se contraen las obligaciones (…)”* – se destaca-.

Finalmente, en cuanto a la caducidad, manifestó que el balance del ejercicio social para el año 2002 se consolidó el 31 de diciembre de ese año, momento desde el que debe contabilizarse el término de caducidad, pues si bien se conocía que la empresa afrontaba dificultades financieras, se requería el estudio del balance contable del ejercicio fiscal correspondiente. Finalmente en el año 2003, la Superintendencia de Salud intervino el régimen contributivo de la EPS con fines de liquidación forzosa, con la consecuente pérdida de la inversión realizada. Advierte que, una vez fue conocido el balance, en el mes de marzo de 2002, se pudo establecer que en el socializado para plantear la propuesta de inversión, no fueron incluidos los datos relativos a la operación del régimen subsidiado en salud, el cual había sido intervenido por el Estado.

Por su parte, la Procuraduría Veintinueve Judicial II Administrativa con sede en Manizales, solicitó que se despachen negativamente las súplicas de la demanda, por cuanto a su parecer *“(…) para la fecha de suscripción del Acuerdo de Accionistas – 5 de junio de 2002-, ya se había expedido por parte de la Superintendencia Nacional de Salud la Resolución No. 2483 del 14 de noviembre de 2001 ‘por medio de la cual se ordena la intervención parcial de la Empresa Promotora de Salud de Caldas S.A. EPS de Caldas, para liquidar el área o programa del régimen subsidiado (…), hecho que era conocido ampliamente por el nuevo inversionista. Por lo que no encontramos razón para que no se hubieran tomado por parte de Platino S.A. todas las medidas necesarias para la protección del capital que invirtió en dicha empresa si conocía de los riesgos que asumía al hacer la inversión”,* así como indicó que *“(…) uno de los puntos del Acuerdo estableció la integración de la Junta Directiva de la Sociedad que buscaba que el inversionista tuviera la capacidad suficiente para tomar las decisiones directivas, administrativas y la definición de políticas empresariales, para garantizar el control y manejo administrativo y científico de conformidad con los acuerdos que previamente permitieran tomar la determinación de la inversión (…)”*, de donde, para el Ministerio Público, se encuentran brindadas las prerrogativas solicitadas para garantizar la inversión, por lo que no existió incumplimiento alguno por parte de la entidad demandada(fol. 244 a 255, c. ppal.).

1. **La sentencia apelada**

Mediante sentencia de 2 de octubre de 2008, el Tribunal Administrativo de Caldas declaró probada la excepción de caducidad de la acción y, en consecuencia, se declaró inhibido para fallar de fondo el presente asunto (fol. 262 a 277, c. ppal.).

Para el efecto, el *a quo* sostuvo que se trata de un contrato de compraventa de acciones, de ejecución instantánea. Esto último con ocasión de la expedición del título provisional de acciones privilegiadas clase A, el 2 de agosto de 2002. Así las cosas, consideró que desde dicha fecha debió contarse la caducidad de la acción, conforme lo señalado por el numeral 10º literal a) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que la oportunidad para ejercer la acción contractual, derivada de un contrato de ejecución instantánea se cuenta desde cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato. Así, señaló que el término de caducidad feneció el 3 de agosto de 2004 y la demanda fue interpuesta hasta el 5 de febrero de 2005.

1. **El recurso de apelación**

Inconforme, la parte actora impugna la decisión[[1]](#footnote-1). Para el efecto, pone de presente que la demanda fue interpuesta oportunamente y que el Tribunal desconoció el tipo de contrato del que trata la controversia, pues de las obligaciones pactadas se desprende que el contrato no es de ejecución instantánea, comoquiera que las prestaciones no se agotaron con la emisión del título accionario provisional.

En adición, señaló que, conforme al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, las controversias que giren en torno a los actos de ejecución o cumplimiento de los contratos –como son en este caso las obligaciones de salvaguarda de la inversión y garantía de confiabilidad de la información contable y financiera de la EPS– podrán demandarse ante la administración de justicia en los dos años siguientes al hecho que causó la controversia, que para el caso fue el balance contable del ejercicio con corte a 31 de diciembre de 2002. Así mismo, adujo que la demanda fue interpuesta el 20 de enero de 2005, previo agotamiento del trámite de conciliación prejudicial y suspensión de términos, por cuenta de la vacancia judicial.

1. **Intervención del Ministerio Público y trámite en esta instancia**

La Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación rindió concepto en el que solicitó que se revoque la decisión que declaró probada la excepción de caducidad de la acción, para que en su lugar, se decida de fondo la litis negando las pretensiones de la demanda (fol. 296 a 302, c. ppal.).

Sustentó su concepto en que las obligaciones relacionadas con el manejo administrativo de la EPS y el blindaje de la inversión, adquiridas por los accionistas primigenios para obtener los recursos de la sociedad inversionista Platino S.A., hace que el contrato sea de tracto sucesivo y no de ejecución instantánea como lo calificó el *a quo,* lo que da lugar a que la caducidad de la acción se contabilice, no a partir de la fecha desde cuando se ejecutó una de las obligaciones del contrato, sino desde cuando acaeció el hecho generador de incumplimiento.

En ese orden, dado que la variación de los estados financieros presentados a la Asamblea General de Accionistas en marzo de 2002 se materializó en los estados financieros y balance con corte a 31 de diciembre del mismo año, lo que generaba para los accionistas primigenios una serie de obligaciones de garantía de la inversión que son el objeto de controversia, se tiene que es desde dicha fecha que debe contarse el término de caducidad de la acción. Así las cosas, comoquiera que el término estuvo suspendido por treinta y tres días en aras del adelantamiento de la conciliación prejudicial, se tiene que la oportunidad de presentar la demanda fenecía el 4 de marzo de 2005 y, como la misma fue presentada el 20 de enero, no operó dicho fenómeno.

Frente al fondo de la litis, el Ministerio Público consideró que el contrato objeto de controversia se encuentra viciado de nulidad absoluta, en la medida en que el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 sólo faculta para la realización de acuerdos entre accionistas a quienes no sean administradores de la sociedad, dentro de quienes se comprenden por expresa disposición legal el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes detenten esas funciones. Para el caso concreto, el acuerdo entre accionistas fue suscrito, entre otros, por los miembros de la Junta Directiva de la EPS, por lo que actuaron en contravención de expresa prohibición legal, lo que afecta la validez del pacto contractual.

Ahora bien, en cuanto al alegado incumplimiento contractual, sostiene el Ministerio Público que al momento de realización del acuerdo, la EPS se encontraba intervenida parcialmente en lo relativo al programa de régimen subsidiado, mientras se mantenía la operación del régimen contributivo. La Superintendencia Nacional de Salud el 19 de febrero de 2003 decidió liquidar también el programa de régimen contributivo de la EPS, lo que impidió que se continuara con la prestación de sus servicios, al tiempo que implicó que se destinara el patrimonio societario al pago de pasivos. En consecuencia, al parecer del agente del Ministerio Publico, las partes no obraron con desconocimiento del principio de buena fe exenta de culpa, puesto que la Sociedad Platino S.A., conocía la intervención parcial iniciada por la Superintendencia de Salud en el programa de régimen subsidiado de salud como quedó expresó en la cláusula primera. El conocimiento de dicha situación financiera y del alto riesgo asumido fue la causa de que las acciones emitidas fueran privilegiadas y de que se brindaran importantes salvaguardas a su inversión.

Así las cosas, conceptuó el Ministerio Público que las modificaciones a los estados financieros derivados de la intervención parcial realizada a la EPS en el régimen subsidiado, materializada en el balance con corte a 31 de diciembre de 2002, no implican una variación en la condición económica de la empresa, conocida por la sociedad Platino S.A. y por el contrario, se acreditó que las salvaguardas solicitadas a la inversión fueron garantizadas, de donde la parte demandante tuvo el control de la administración de la EPS acorde con el contrato suscrito, por lo que no hubo incumplimiento.

Estando el proceso para fallo, la Sala decretó pruebas de oficio para esclarecer puntos dudosos de la controversia (fol. 314, c. ppal.), respecto de las cuales se obtuvo respuesta por medio de los documentos visibles en folios 317 a 322 y 331 a 374, los cuales fueron puestos en conocimiento de las partes por el término previsto en el artículo 289 del C.P.C. mediante autos de 8 de septiembre y 17 de noviembre de 2016 (fol.326 y 380, c. ppal.). Término durante el que las partes guardaron silencio.

1. **CONSIDERACIONES**

## Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso de doble instancia, seguido ante el Tribunal Administrativo de Caldas tal como lo dispone el art. 129 del C.C.A., habida cuenta que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988[[2]](#footnote-2), para que esta Sala conozca de la acción de controversias contractuales en segunda instancia.

1. **Problema Jurídico**

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, deberá la Sala establecer, como cuestión preliminar, si operó el fenómeno de caducidad de la acción en el caso concreto como lo consideró el *a quo.* A continuación, de ser procedente, se deberá resolver *(i)* siel *“acuerdo de accionistas”* es un contrato estatal; *(ii)* si, como señaló el agente del Ministerio Público, el contrato está viciado de nulidad absoluta y, por ende, *(iii)* si de conformidad con los hechos probados, la ilegalidad puede ser declarada por encontrarse acreditados los presupuestos procesales y sustanciales para ello. Finalmente, *(iv)* en caso de ser procedente, se debe establecer la forma de ejecución del contrato en orden a determinar el incumplimiento alegado en la demanda.

1. **Cuestión previa: Sobre la declaratoria de caducidad de la acción**

La parte demandada propuso la excepción de caducidad, por cuanto el *“acuerdo de accionistas”* se suscribió el 5 de junio de 2002, de donde, el 20 de enero de 2005, cuando se presentó la demanda, habían transcurrido los dos años de que trata el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sostenido que la caducidad propende porque las acciones se ejerzan en el tiempo previsto por razones de seguridad jurídica e igualmente para garantizar el derecho de defensa. Quien pretenda la definición de un derecho o la solución de una controversia tiene entonces la carga de instaurar la acción dentro del plazo fijado por la ley pues, de no hacerlo, en tiempo oportuno, pierde la posibilidad de acceder a la jurisdicción.

Por otro lado, es importante anotar que dicha figura no admite suspensión distinta de la prevista con fines de conciliación[[3]](#footnote-3), tampoco renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de manera oficiosa por el juez; esto es, *“la caducidad no se suspende ni interrumpe por ningún motivo, su causación es objetiva sin consideración a las partes”[[4]](#footnote-4),* habida cuenta de su naturaleza de orden público lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad de ser declarada de oficio, cuando se verifique su ocurrencia.

Con respecto a la oportunidad para la interposición de la demanda, es menester tener en cuenta que, en lo relativo a los contratos, al tenor del numeral 10º del artículo 136 del C.C.A. *“el término de caducidad será de dos años, que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*”.

En el caso concreto, se advierte que la acción interpuesta tiene como objeto que se declare el incumplimiento contractual, derivado del reporte de información financiera y contable distinta a la realidad de la EPS de Caldas S.A. acorde con el balance correspondiente al ejercicio con corte al 31 de diciembre de 2001, presentado y aprobado por la Asamblea General el 31 de marzo de 2002 y en ejecución del denominado *“acuerdo de accionistas”*. Incumplimiento, según el libelo, advertido sólo con la expedición de los estados financieros correspondientes al siguiente ejercicio, en los que habría quedado visibilizada la ostensible modificación en el reporte del estado de cuentas de la sociedad. Es decir, se deberá establecer si el deber de información se cumplió oportunamente.

Siendo este el motivo que dio lugar a la controversia judicial, es pertinente recordar que el artículo 34 de la Ley 222 de 1995 prevé que *“[a] fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. Tales estados se difundirán junto con la opinión profesional correspondiente, si ésta existiera”.*

A su turno, el artículo 187 del Código de Comercio, en lo atinente a las funciones que corresponden al máximo órgano social, que la junta o asamblea ejercerá, entre otras, las funciones de *“examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores”* y *“disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes”.*

En concordancia, el mismo ordenamiento en el artículo 422, con ocasión de la regulación de las reuniones ordinarias dispone que *“(…) se efectuarán por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio, para examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social (….)”.*

En ese orden, aunque en los elementos probatorios arrimados en el plenario no se encuentra el acta de la Asamblea General de Accionistas que debió impartirle aprobación al balance del ejercicio con corte a 31 de diciembre de 2002, se tendrá que el mismo se presentó el 31 de marzo de 2003 acorde con la previsión legal precitada. Lo anterior, comoquiera que el balance del ejercicio debió ser puesto a consideración de los socios, incluida la Sociedad Platino S.A., hasta esa fecha, momento en que la actora conoció o debió conocer el señalado detrimento patrimonial de la entidad que había afectado su inversión, por lo que se tendrá que el término de caducidad empezó a correr el 1º de abril de 2003. Siendo así, la demanda interpuesta el 20 de enero de 2005, se entiende que lo fue oportunamente, dentro del término bienal dispuesto por la ley.

Hechos probados

Mediante ordenanza No. 186 de 10 de mayo de 1996, la Asamblea Departamental de Caldas autorizó la participación del departamento en la constitución de la Empresa Promotora de Salud de Caldas S.A.[[5]](#footnote-5), como una empresa industrial y comercial del Estado (fol. 2, c. ppal.), cuya constitución fue protocolizada mediante la escritura pública No. 2.044 de 20 de agosto del mismo año, suscrita ante la Notaría Quinta de Manizales[[6]](#footnote-6).

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante la resolución nº. 0531 de 27 de marzo de 2001, revocó la autorización para administrar y operar el régimen subsidiado a la EPS de Caldas S.A., *“por cuanto la misma no acreditó el patrimonio mínimo exigido por el Decreto 1804 de 1999 (…)”.* Decisión confirmada mediante las resoluciones No. 1107 y 2001 del 5 de junio y 25 de septiembre del mismo año (fol. 27, c.3.).

Mediante ordenanza nº. 418, debatida en sesiones de 1, 2 y 3 de abril de 2001, la asamblea autorizó al Gobernador del departamento y a INFICALDAS para que dieran inicio a la capitalización de la EPS de Caldas, así (fol. 320 a 321, c. ppal.):

*“ARTÍCULO PRIMERO: Autorízase al señor Gobernador del Departamento de Caldas y a Inficaldas, para que adquieran nuevas acciones ordinarias y nominativas en la ‘entidad promotora de Salud de Caldas S.A.- E.P.S. de Caldas’ hasta por la suma de UN MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS ($1 700 000 000) M/CTE.*

*PARÁGRAFO: El Gobernador e Inficaldas, tendrán las facultades para determinar todos los elementos atinentes a la forma de adquisición de las acciones, precio de adquisición y forma de pago del precio.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Autorízase al señor Gobernador del Departamento de Caldas y a Inficaldas para que como forma de cancelación del precio de la adquisición de acciones, y a título de dación en pago cedan bienes departamentales de Inficaldas, en favor de la “ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. – E.P.S. DE CALDAS”.*

*ARTÍCULO TERCERO: En desarrollo de las anteriores facultades, el Gobernador del Departamento de Caldas e Inficaldas, podrán realizar las operaciones presupuestales y contables que sean necesarias con el fin exclusivo de garantizar la cesión de los bienes para la capitalización de la EPS de Caldas.*

*ARTÍCULO CUARTO: Para dar cumplimiento a la autorización de que trata el artículo primero de la presente Ordenanza el señor Gobernador del Departamento de Caldas e Inficaldas tendrán un término hasta de noventa (90) días contado a partir de la fecha de publicación de la presente ordenanza.*

*(…)”*

En Asamblea Extraordinaria de accionistas reunida el 18 de octubre de 2001, se aprobó la reforma de los estatutos, en la que se autorizó la emisión de 1.800 acciones privilegiadas o de clase A y 4.200 acciones ordinarias o de clase B, con el fin de que, mediante su venta, se obtuviera capital suficiente para apalancar la operación de la EPS (fol. 35 a 40, c. ppal.).

Por medio de la resolución No. 2483 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la intervención parcial de la EPS de Caldas S.A., para liquidar el área o programa del régimen subsidiado y le designó liquidadora. La resolución destaca que la entidad promotora de salud que administre este régimen, debe establecer el sistema de administración financiera de los recursos provenientes del subsidio a la demanda en cuentas totalmente independientes a las destinadas a los demás negocios de la entidad (fol. 24 a 34, c. 3)

En Asamblea Extraordinaria de Accionistas reunida el de 16 de enero de 2002, se decidió que la emisión de acciones privilegiadas debía limitarse a 1.791, mientras que serían 4.209 las acciones ordinarias[[7]](#footnote-7). Al tiempo se estableció lo relativo al derecho de preferencia en la reglamentación y colocación de las acciones privilegiadas de la clase A, con renuncia por parte de los accionistas –entre quienes se comprende el departamento de Caldas- a su derecho de preferencia*.* Para tal fin, se aprobó el reglamento para emisión y colocación de acciones para así mismo ofertar las privilegiadas a la Clínica de Manizales (fol. 47 a 58, c. ppal.)[[8]](#footnote-8). Como forma de pago, se estipula en la cláusula sexta:

*“SEXTO: VALOR DE LAS ACCIONES OFRECIDAS: Las acciones privilegiadas cuya emisión y colocación se reglamenta para ser suscritas exclusivamente por la sociedad CLÍNICA MANIZALES S.A., tendrán un precio de UN MILLÓN DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($1’000.000), cada una, precio que deberá ser pagado por la sociedad suscriptora de la siguiente manera: 6.1. Una cantidad igual al treinta y cuatro (34%) por ciento del valor de la suscripción, de contado y en dinero en efectivo al momento mismo de hacerse la suscripción, en las oficinas de la Sociedad en el Edificio del Comercio, piso tercero, de la ciudad de Manizales. 6.2. Una cantidad igual al sesenta y seis (66%) por ciento del valor de la suscripción, de contado y en dinero en efectivo, dentro del año siguiente a la fecha en que se efectúe la suscripción, pago que se hará en las oficinas de la administración de la sociedad indicadas en el numeral 6.1.”*

Consta en la misma acta, el informe de liquidación del régimen subsidiado y la adopción de medidas para el funcionamiento futuro del régimen contributivo de la empresa promotora de salud. Así, la representante legal informó a los accionistas la situación financiera de la sociedad y señaló que, pese a que se programaron diversas labores con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1804 de 1999, no logró obtener el patrimonio mínimo requerido, por lo que la Superintendencia Nacional de Salud ordenó intervenir y liquidar el régimen subsidiado. Igualmente se señaló que, pese a contar con liquidez, fueron incluidos en la liquidación bienes muebles e inmuebles necesarios para la prestación del servicio. Señaló expresamente sobre las consecuencias de la intervención para el balance futuro de la compañía (fol. 56, c. ppal.):

*“(…) El hondo vacío que deja el Subsidiado, régimen al cual se le había apostado principalmente dada la coyuntura nacional, hubiese podido ser verdaderamente caótico sin estas medidas. Actualmente se tiene control de los gastos y equilibrio en su P y G, a pesar del déficit en las cuentas por pagar por servicios que arrastra la empresa. Si se levanta pronto la sanción al régimen contributivo y se concreta la capitalización de la Clínica Manizales, la empresa puede volver a crecer y fortalecerse.*

*Es de advertirles, señores accionistas, que la capitalización de parte de la Clínica Manizales es de vital necesidad para que la sociedad no entre en causal de liquidación, puesto que al perder el régimen subsidiado se da un detrimento patrimonial alrededor de los 3.000.000 millones de pesos* (sic) *y, por lo tanto, si se reduce el capital, una vez se realice el trámite legal para reversar la suscripción de acciones hecha por Inficaldas, el patrimonio no cumpliría el requisito de ley y en ese caso sería más indicado solicitar la autoliquidación de la sociedad. De ahí la urgencia que se ha manifestado para reemplazar las acciones de Inficaldas, aprovechando la disposición de la Clínica Manizales de hacerlo”* – se destaca-*.*

Posteriormente, según acta No. 20 correspondiente a la sesión del 1º de abril de 2002, el revisor fiscal presentó a la Asamblea Ordinaria de Accionistas informe sobre el balance del ejercicio con corte a diciembre 31 de 2001, mientras que el presidente de la Junta Directiva precisó que *“por el cierre del régimen subsidiado, quedan muchas glosas en los estados financieros, las cuales ya han sido analizadas por la Junta Directiva para la toma de los correctivos necesarios”* (fol. 59 a 68, c. ppal.)*.*

La Asamblea, ante la solicitud de devolución de capital aportado por la accionista INFICALDAS, aprobó la disminución de capital suscrito[[9]](#footnote-9), al tiempo, se realizó un cambio de naturaleza jurídica de la entidad, pues había sido constituida como empresa industrial y comercial del estado, cuando lo procedente conforme a la ley era la conformación de una sociedad de economía mixta[[10]](#footnote-10).

Cuestionada de oficio la Asamblea Departamental de Caldas acerca de la existencia de autorización del órgano colegiado para el cambio de naturaleza jurídica de la entidad, señaló en comunicación numerada SGA-0101-2016 que *“revisados los archivos que reposan en la Asamblea Departamental de Caldas, correspondientes al periodo 1998 a 2003, ordenanza alguna en la que se hable de la modificación de la naturaleza jurídica de la Empresa Promotora de Salud de Caldas S.A. E.P.S. de Caldas S.A.* (sic) *(…)”* (fol. 317, c. ppal.).

Tal como consta en comunicación de 6 de mayo de 2002, la Clínica de Manizales, por medio de su representante legal, puso en conocimiento de la EPS de Caldas S.A. que, en el marco del reglamento de suscripción y colocación de acciones privilegiadas, cedió el derecho a la suscripción de las 1.791 acciones Clase A a favor de la sociedad Platino S.A. (fol. 105, c. ppal.).

En sesión de 5 de junio de 2002, la Asamblea General de Accionistas, aprobó la eventual rebaja de capital social por absorción de pérdidas con cargo exclusivo al acervo de quienes tenían la calidad de accionistas previo al ingreso del nuevo socio. Lo anterior, como garantía de la inversión y habida cuenta de la reciente disminución del capital societario, dada la intervención del régimen subsidiado por parte de la Superintendencia de Salud. Las condiciones impuestas por el inversionista – Sociedad Platino S.A., como cesionario de la Clínica de Manizales- quedaron inscritas en el acta en los siguientes términos:

*“(…) se le da la palabra al doctor Aurelio Calderón, quien explica a los asistentes de la presente reunión las condiciones expuestas por el grupo Platino. También explica los alcances de dicha propuesta la cual sería darles una especie de blindaje o protección a la inversión si como resultado de la situación de los estados financieros, esa inversión se presenta unas condiciones financieras diferentes a las condiciones que ellos tuvieron en cuenta en el momento en que aceptaron hacer la inversión.*

*El doctor Aurelio Calderón, también da a conocer que en el momento de que la Clínica Manizales aceptó hacer la inversión, la sociedad tenía el inmueble y todavía no tenía intervenido el régimen subsidiado.*

*Ahora el inmueble ha sido restituido a Inficaldas dando aplicación a la condición resolutoria que venía en la escritura, por medio de la cual el Departamento, a través de Inficaldas, hizo este aporte al capital accionario de la sociedad. En el mes de diciembre Inficaldas exigió que se pusiera en práctica dicha condición resolutoria, por lo tanto se procedió a rescindir la escritura, pero en los estados financieros de la sociedad todavía aparece este capital por cuanto no se ha cumplido con todos los presupuestos legales para poder reversar o devolver dicho inmueble que fue objeto de capitalización. De no ingresar la capitalización de la sociedad PLATINO S.A. antes de la reversión del inmueble lo cual implica una rebaja en el capital suscrito, entonces la empresa quedaría ad portas de causal de liquidación, ya que no tendría al patrimonio para operar el régimen contributivo.*

*(…)*

*En los estados financieros de la sociedad, aparece una partida por cobrar al régimen subsidiado, la liquidadora del régimen subsidiado ha dicho que no va a quedar dinero para reintegrarle a la EPS de Caldas. Habrá que aprovisionar el estado financiero lo cual implica una pérdida patrimonial, afectando el patrimonio social.*

*El tercer inversionista pretende que se haga un acuerdo de donde se le garantice el control administrativo de la sociedad, en el sentido de elegir una junta directiva mayoritaria y que los accionistas actuales asuman con cargo a su capital la rebaja o pérdida que resulte de la devolución del aporte a Inficaldas y la provisión total o parcial de la partida a cobrarle al régimen subsidiado.” –* se destaca-.

* 1. Bajo ese panorama, se suscribió el *“acuerdo de accionistas”* (fol. 107 a 134, c. ppal.), al que adhirió incondicionalmente la sociedad Platino S.A., al tiempo que aceptó que el capital aportado se destinara al pago de obligaciones pendientes a cargo de la sociedad[[11]](#footnote-11). Respecto del departamento de Caldas, el acuerdo fue suscrito por la Secretaria de Hacienda, en ejercicio del poder especial conferido por el gobernador para representar al ente territorial en la Asamblea General de Accionistas del 5 de junio de 2002 y para *“firmar, bajo estricta sujeción a la Ley, el acuerdo de accionistas relacionado con la capitalización de la empresa”* (fol. 104, c. ppal.).
  2. En la cláusula primera, denominada *“antecedentes del acuerdo”*, se describe con detalle el curso de la negociación, los condicionamientos planteados por la inversionista y las garantías otorgadas sobre las que se hizo referencia en las actas de la Asamblea General de Accionistas. Así (fol. 117 a 118, c. ppal.):

*“(…)*

*1.2. Que la sociedad en mención inició un proceso de capitalización en virtud del cual los actuales accionistas (“los accionistas”) renunciaron al derecho de preferencia en la emisión y colocación de unas acciones privilegiadas reglamentadas por la Asamblea General de Accionistas, renuncia que formalizaron a favor de la sociedad CLÍNICA MANIZALES S.A. y/o de sus accionistas (en adelante EL INVERSIONISTA) y a quienes se cediera el derecho de suscripción, por parte de la sociedad destinataria de la oferta.*

*1.3. Que al tiempo de vencerse el término para efectuar la suscripción, EL INVERSIONISTA planteó una serie de condicionamientos para realizarla, condicionamientos que tienen que ver con la certificación por parte del revisor fiscal de LA SOCIEDAD, con salvedades de los estados financieros cortados al 31 de marzo de 2002 y la cesión de las acciones a la sociedad PLATINO S.A., informados a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. (EPS DE CALDAS S.A.) mediante oficios 02-GR-015 de fecha 06 de mayo de 2002 de la sociedad CLÍNICA MANIZALES S.A. y el GEOF001-2 de fecha 06 de mayo de 2002 de la sociedad PLATINO S.A.*

*1.4. Que las salvedades, según la información suministrada, tienen que ver con la contabilización de una partida por cobrar a cargo de la liquidación del régimen subsidiado y con la figuración en el estado financiero del inmueble que fuera transferido a la sociedad, a título de aporte en especie por parte de Inficaldas, inmueble que, no obstante haber sido restituido por aplicación de una condición resolutoria expresada al otorgarse la escritura que formalizó el aporte, continúa reportándose como parte del activo social con contrapartida en la cuenta de capital suscrito.*

*1.5. Que a juicio del INVERSIONISTA, su análisis financiero para aceptar la inversión fue hecho al tiempo en que el régimen subsidiado operado por la sociedad EPS de Caldas S.A. no había sido intervenido y al tiempo en que el aporte del inmueble no había sido rescindido y tal situación en concepto del INVERSIONISTA, ha cambiado o puede cambiar radicalmente en especial si liquidado no queda remanente alguno a favor de la sociedad.*

*1.6. Que el INVERSIONISTA solicita una garantía (en adelante LA GARANTÍA) orientada a mantener equivalente el valor de su inversión de tal forma que si el estado financiero de la sociedad se afecta a futuro como consecuencia de la restitución del inmueble a Inficaldas y por la necesidad de tener que provisionar la cuenta por cobrar al régimen subsidiado y que saldrán al saneamiento de la sociedad en caso de presentar pleitos, embargos, prendas, gravámenes en general que puedan afectar el valor patrimonial del INVERSIONISTA, la pérdida o diferencia resultante de todo ello, sea asumida por los actuales accionistas”–* se destaca-.

* 1. Así mismo, respecto de la administración de la sociedad, la cláusula cuarta estableció el compromiso de los accionistas de adoptar medidas para otorgar el control de la Junta Directiva y la Gerencia a la sociedad inversionista (fol. 119, c. ppal.):

*“(i)* ***Composición de la Junta Directiva:*** *Los accionistas se comprometen, una vez el INVERSIONISTA haya realizado la suscripción de las acciones emitidas a asistir a una reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas que sea convocada con el fin de integrar la nueva Junta Directiva de LA SOCIEDAD y a votar en bloque y con una posición unificada, la decisión de integración de la Junta Directiva de la sociedad suscribiendo una lista única y con el fin de garantizar el control y manejo administrativo y científico de la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”****, por parte del nuevo inversionista, de siete (7) miembros principales y suplentes que integran la Junta Directiva de LA SOCIEDAD, cuatro (4) principales con sus respectivos suplentes personales y suplentes serán designados con base en la lista que presente EL INVERSIONISTA de tal manera que el resultado de la votación permita la designación de los cuatro (4) representantes del INVERSIONISTA.*

*(ii)* ***Gerencia.*** *LOS ACCIONISTAS impartirán instrucciones precisas a sus representantes en la Junta Directiva, con el fin de que procedan a la designación del Gerente de la sociedad, por la persona natural que sea propuesta o presentada por EL INVERSIONISTA.*

***(iii) ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS***

***Principios generales:***

*Con el objeto de dar cabal cumplimiento al objeto del presente acuerdo entre accionistas, los accionistas de la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S.” DE CALDAS S.A.*** (sic)*, se comprometen a lo siguiente:*

*(…)*

* *A votar en forma unánime y en bloque desde la firma del presente Acuerdo, mientras se mantengan las condiciones que han dado lugar a este, las reformas y modificaciones a los estatutos que por escrito indiquen los nuevos inversionistas a la asamblea de accionistas de la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”***  *salvo en aquellos casos que no estén contemplados en el presente acuerdo entre accionistas y contraríen la ley y que no se enmarquen en el espíritu de dicho acuerdo definido por la ley 222 de 1995.*

*(…)”*

* 1. De otra parte, en la cláusula quinta del acuerdo, referida a la reducción del capital social por asunción de pérdidas, se estableció que (fol. 122 a 124, c. ppal.):

1. ***EL PRESENTE ACUERDO LE PERMITE A LA SOCIEDAD PLATINO S.A. PROTEGER SU INVERSIÓN EN LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”, ASÍ:***

*En aplicación de este acuerdo entre accionistas, los actuales ACCIONISTAS de la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “EPS DE CALDAS S.A.”*** *se comprometen con los nuevos inversionistas a garantizar su inversión, que ellos saldrán al saneamiento de la sociedad en caso de presentarse pleitos, embargos, prendas, gravámenes en general que puedan afecta el valor patrimonial de la inversión de los nuevos accionistas. Los actuales accionistas saldrán al saneamiento por evicción en la proporción que hayan participado del Capital Social.*

1. ***COMPROMISO CON RESPECTO A LAS CIFRAS DEL BALANCE CON CORTE A 31 DE MARZO DE 2002.***

*Sí durante la duración del presente acuerdo la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”*** *se viere obligada a desembolsar algún dinero sea para el pago de pasivos, multas o sanciones, demandas y contingencias que no se encuentren contabilizadas dentro del balance con corte a 31 de marzo de 2002 u otros eventos, los actuales accionistas se comprometen a reembolsarle a la entidad cualquier erogación que ésta hubiere realizado, en un plano no mayor a 15 días. En caso de no realizarse el reintegro de estos dineros dentro del plazo establecido, el accionista que no cumpliere realizará el pago mediante una dación en pago automática de las acciones que posee en la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”****, que se recibirán por el valor intrínseco del último corte contable y con un cargo del 40% y/o en una mezcla de dinero y acciones. Lo anterior sin perjuicio que el inversionista Platino S.A. pueda acudir al cobro mediante la vía judicial.*

*Si del valor de los activos informados por la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”*** *en el balance con corte al 31 de marzo de 2002, se tuviesen que realizar ajustes que afecten el patrimonio de la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”,*** *los actuales accionistas se comprometen a reembolsarle a la entidad cualquier erogación que ésta hubiere realizado, en un plazo no mayor a 15 días. En caso de no realizarse el reintegro de estos dineros dentro del plazo establecido, el accionista que no cumpliere realizará el pago, mediante una dación en pago automática de las acciones que posee en la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”*** *que se recibirán por el valor intrínseco del último corte contable y con un castigo del 40% y/o en una mezcla de dinero y acciones. Lo anterior sin perjuicio que el inversionista Platino S.A. pueda acudir al cobro mediante la vía judicial.*

*Los estados financieros con corte al 31 de marzo de 2002 de la* ***ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”*** *formarán parte integrante del presente acuerdo entre accionistas, los que deberán estar firmados, certificados y dictaminados por el Representante Legal, el Contador y el Revisor Fiscal.*

* 1. La Asamblea Departamental de Caldas, en sesiones de julio 23, 24 y 25 de 2002, profirió la Ordenanza nº. 455 *“por medio de la cual se deroga la ordenanza 418 del 04 de abril de 2001”.* Señaló, la decisión, en su artículo primero (fol. 319, c. ppal.):

*“ARTÍCULO PRIMERO: Derógase la ordenanza número 418 de abril 04 de 2001, “por medio de la cual se autoriza al Gobernador del Departamento de Caldas y a Inficaldas, para adquirir acciones ordinarias y nominativas en la Entidad Promotora de Salud de Caldas S.A. – EPS de Caldas y para ceder bienes departamentales de dicha entidad del orden descentralizado”.*

* 1. El 2 de agosto de 2002, en cumplimiento de lo acordado,la EPS de Caldas S.A. por intermedio de su representante legal, emitió un título de acciones provisional, expedido a nombre de Platino S.A. por 1.791 acciones privilegiadas Clase A, de las cuales fueron pagadas inicialmente 657, por valor de seiscientos cincuenta y siete millones de pesos ($657.000.000), mientras las restantes deberían ser canceladas en los 12 meses siguientes (fol. 137, c. ppal.).
  2. La Superintendencia Nacional de Salud, mediante la resolución 2320 del 16 de diciembre de 2002, confirmada en resolución 104 del 30 de enero de 2003, revocó la *“autorización para administrar y operar el régimen contributivo a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. otorgada por medio de resolución No. 1476 del 30 de diciembre de 1996”*. Decisión fundamentada en el incumplimiento por parte de la EPS, de las normas relacionadas con el número mínimo de afiliados requeridos para operar el régimen, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (fol. 36, c. ppal.).
  3. En tal virtud, por medio de la resolución No. 235 de 18 de febrero de 2003, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la liquidación forzosa administrativa del régimen contributivo de la EPS de Caldas S.A. y por ende, la disolución de la sociedad, de donde esta debió abandonar las actividades propias de su objeto social para concentrar sus esfuerzos en hacer líquidos sus activos, pagar sus pasivos y conseguir la extinción total de la persona jurídica (fol. 35 a 42, c. ppal.).
  4. La sociedad Platino S.A. presentó reclamación ante la liquidadora de la EPS de Caldas, con el fin de hacer efectiva la garantía pactada en el *“Acuerdo de Accionistas”* y de ese modo, obtener el reembolso de lo invertido en la sociedad. Solicitud despachada desfavorablemente en resoluciones desde 15 de julio y 11 de noviembre de 2003, en las que se indicó que, de conformidad con lo normado por el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 *“(…) ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo”* (fol. 138 a 145, c. ppal.)*.*
  5. Según consta en la circular No. 001 de 26 de mayo de 2004, durante el proceso liquidatorio se hallaron más de 6.000 casos de multiafiliación, de donde se presentaba un importante número de afiliaciones ficticias, que afectaban desde el año 1999, las finanzas de la compañía. Situación que se puso de presente al Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción[[12]](#footnote-12) y a la Superintendencia Nacional de Salud (fol. 146 a 159, c. ppal.).
  6. Obra en el plenario el dictamen realizado por perito contable a los estados financieros de la Empresa Promotora de Salud de Caldas S.A. –el cual cuenta con soportes al tiempo que no fue objeto de cuestionamiento por la demandada-, con el fin de establecer el porqué de las diferencias considerables entre los balances con corte a 31 de diciembre de 2001 y 31 de diciembre de 2002, como *i)* el deterioro del patrimonio de la firma en la cuenta 5815 del estado de pérdidas y ganancias por valor de $2.337.043.000; *ii)* la disminución en cuentas por cobrar por valor de $2.140.000.000; *iii)* la mengua de las inversiones entre diciembre de 2002 y marzo de 2003 de $479.135.000, *iv)* el aumento de la provisión de cartera en $239.711.000, el *v)* incremento del pasivo total de $3.166.926.000 y *vi)* el incremento de gastos de administración del 110%. Estudiados los libros mayores de contabilidad, los estados financieros a diciembre 31 de 2001, y 2002, socializados en marzo 31 y 30 de 2002 y 2003, de los programas régimen contributivo y subsidiado, concluyó la experticia (fol. 9, c. 3):

*“(…) las variaciones significativas que se presentaron en los estados financieros de la Entidad Promotora de Salud E.P.S. de Caldas S.A* (sic) *se dieron por el hecho de haber consolidado la contabilidad del régimen subsidiado y la contabilidad del régimen contributivo en una sola, lo cual distorsiona la realidad de la empresa al analizar los estados financieros presentados por la empresa a marzo 31 de 2002 con los que se consolidaron a diciembre 31 del mismo año (…)”*

Particularmente, señaló el perito respecto de la cuenta 5815, denominada *“ajustes de ejercicios anteriores”* que (fol. 5 y 6, c. 3):

*“(…) Estas diferencias se presentaron debido a que después de la intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud del régimen subsidiado en noviembre de 2001, como se enunció en los antecedentes de este dictamen, se debieron separar las cuentas del régimen contributivo y subsidiado, de tal forma que con corte a marzo 31 del año 2002, los gastos ocasionados por el régimen subsidiado no estaban incorporados al estado de resultados de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. EPS DE CALDAS, de acuerdo a las notas hechas por el contador a los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2002, en donde se dice que por lineamientos legales se debía incorporar la contabilidad de la EPS de CALDAS S.A. régimen subsidiado a la contabilidad EPS DE CALDAS S.A. régimen contributivo (****porque de acuerdo con el concepto de unidad de empresa, se debe manejar así, porque la entidad es una sola****), se hallaron los respectivos registros contables mediante la nota de contabilidad AJ No. 7374 así debiendo registrar los gastos en los que incurrió el régimen subsidiado desde el 15 de noviembre del año 2001 hasta diciembre de 2002 y la partida más significativa por $2.393.753.149 la cual se encuentra relacionada en la variación de la cuenta 581510 que corresponde al saldo a cargo del régimen subsidiado, resultante también de la separación entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado, esto quiere decir que al momento de esta separación, el régimen subsidiado le quedó debiendo al contributivo este valor y como dice también la nota a los estados financieros “uno no se puede deber a uno mismo”, se procedió a cancelar esta cuenta contra los gastos de ejercicios anteriores dando como resultados estas variaciones tan significativas en los rubros objetos de análisis”* - se destaca-*.*

* 1. Sobre el manejo contable de la empresa, rindió testimonio la señora Alcira Betancourt Cortés, designada por la Superintendencia de Salud como liquidadora de la EPS de Caldas S.A., en los siguientes términos (fol. 22 a 23 vto., c. 3):

*“(…) PREGUNTADO: Explique al despacho, la alusión del contador de la EPS de Caldas en los estados financieros con corte a diciembre 31 de 2002, cuando en una nota de los mismos, este funcionario indicó que, la contabilidad del régimen subsidiado y después el contributivo, la contabilidad era separada de cada uno. CONTESTÓ: Debo anotar que según concepto de la DIAN, la contabilidad del régimen subsidiado en liquidación debía utilizar el nit de la EPS por el concepto de unidad de empresa, pero la contabilidad del régimen subsidiado se debía llevar aparte, como en efecto se hizo. Debo también aclarar que cuando la pregunta se refiere al contador de la EPS debe ser al contador del régimen contributivo que aún se encontraba en marcha en esa época y por tanto tuve conocimiento de esa alusión y también hasta el 31 de diciembre de 2002, estuve como liquidadora del régimen subsidiado. Reitero que la contabilidad del régimen subsidiado en liquidación se llevaba aparte”.*

**5. El caso *sub lite***

**5.1. Sobre la existencia del contrato estatal en el caso concreto**

Como primera medida, la sociedad Platino S.A. solicitó que *“se reconozca que, entre la parte demandante y la demandada se celebró un contrato perteneciente a la esfera de los estatales (…)”*. A lo que se opone el departamento de Caldas, pues considera que el *“acuerdo de accionistas”* no es un contrato estatal, sino un negocio jurídico de carácter privado del que no se deriva ninguna obligación para la entidad, dado que su alcance se limita a acordar el sentido en que un grupo de socios votarán en las Asambleas Generales de Accionistas de la sociedad.

De conformidad con la definición traída por el artículo 1495 del C.C. el contrato es *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*, mientras que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que *“[s]on contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto* [entidades estatales][[13]](#footnote-13)*, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (…)”*, es decir, se trata de un acto jurídico bilateral producto del acuerdo de voluntades celebrado entre las partes contratantes, cuando una de ellas sea una entidad pública en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

En el marco del ordenamiento jurídico vigente, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato depende de la que, a su vez, tenga la entidad que lo celebra; así, si ésta es estatal, el contrato también lo es, sin importar el régimen legal que se le deba aplicar. La afirmación anterior tiene fundamento legal en el artículo 32 del mismo compendio normativo, disposición que, para efecto de definir los contratos estatales, adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato[[14]](#footnote-14).

Así las cosas, del análisis de las pruebas allegadas al plenario, huelga concluir que el *“acuerdo de accionistas”*, suscrito, entre otros, por el departamento de Caldas y cuyas obligaciones comprometieron también la voluntad societaria de la EPS de Caldas, empresa de carácter público como se señaló *ut supra* – párr. 4.1.-, es un contrato, comoquiera que genera obligaciones de dar y hacer para esta última y para los accionistas primigenios:

1. La celebración de una Asamblea General de Accionistas cuya convocatoria tendría como fin la integración de una nueva junta directiva de la sociedad, que incluía el compromiso de votar en bloque por los candidatos propuestos en una lista única por Platino S.A., para permitirle a esta el control de dicho órgano societario, mediante la designación mayoritaria de sus candidatos (cláusula cuarta);
2. El compromiso de impartir a sus representantes en la junta directiva la instrucción de proceder a designar como gerente a la persona natural presentada por la sociedad inversionista (cláusula cuarta),
3. La votación unánime y en bloque de las reformas y modificaciones de los estatutos que solicitara Platino S.A., mientras se mantuvieran las condiciones económicas de la empresa (cláusula cuarta);
4. La protección de la inversión realizada por Platino S.A., mediante el saneamiento de la sociedad en caso de pleitos, embargos, prendas y gravámenes en general y el saneamiento por evicción en la proporción de participación del capital social (cláusula quinta),
5. El compromiso de los accionistas de reembolsarle a Platino S.A., en un término de 15 días, cualquier erogación que realizara, por cuenta del pago de pasivos, multas o sanciones no contabilizadas en el balance presentado a la Asamblea General de Accionistas el 31 de marzo de 2002. Así mismo, se obligaron a que, si no se daba cumplimiento a dicho reembolso, realizarían *una dación en pago automática* de sus acciones, recibidas por el valor intrínseco del último corte contable y con un cargo del 40% entre dinero y acciones (cláusula quinta),
6. El compromiso de los accionistas de reembolsarle a Platino S.A., en un término de 15 días, en caso de tuviesen que realizar ajustes al patrimonio reportado en el balance presentado el 31 de marzo de 2002, si ello implicaba alguna erogación para la inversionista. Así mismo, se obligaron a que, si no se daba cumplimiento a dicho reembolso, realizarían *una dación en pago automática* de sus acciones, recibidas por el valor intrínseco del último corte contable y con un cargo del 40% entre dinero y acciones (cláusula quinta),
7. La votación unánime y en bloque, para que cuando se formalizara la decisión de rebaja del capital social por reembolso de los aportes realizados por Inficaldas y contabilizada la pérdida por la necesidad de provisionar la cuenta por cobrar al régimen subsidiado o en caso de que acaeciera alguna pérdida de las previstas en la cláusula quinta, llevar a cabo la reforma estatutaria de rebaja del capital suscrito con cargo único a la participación de los accionistas primigenios. Modificación que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, corresponderían a la Asamblea General de Accionistas en tanto comprende una modificación estatutaria[[15]](#footnote-15). Obligación condicionada, a su vez a que *“si de acuerdo con las normas legales aplicables a las sociedades anónimas “el inversionista” tiene que participar necesariamente en la liquidación de la pérdida (…)”,* los accionistas se obligan a transferirle, cada uno, el número proporcional de acciones que permitan al inversionista mantener el equivalente a su participación accionaria.

Además, no puede perderse de vista que, la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Entidad Promotora de Salud de Caldas – EPS de Caldas, aprobó el 5 de junio de 2002 *“la propuesta de eventual rebaja del capital social por absorción de pérdidas con cargo exclusivo al capital de quienes tienen la calidad de accionistas, según el libro de registro de acciones nominativas (…)”.*

Por su parte, la sociedad Platino S.A. se obligó a votar positivamente la reforma estatutaria, consistente en la rebaja de capital suscrito de la EPS de Caldas.

En el mismo sentido, no cabe duda del carácter estatal del contrato, en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, en tanto son partes del mismo varias entidades públicas, entre ellas, el departamento de Caldas y la misma EPS de Caldas, pues, como se ha advertido, a través de su máximo órgano societario –la Asamblea General de Accionistas- le impartió aprobación al *acuerdo de accionistas*, contentivo de compromisos que incluyen el capital social, de donde no le asiste razón cuando argumenta, en su defensa, que se trata de un negocio jurídico privado cuya competencia escapa a esta jurisdicción. Asunto sobre el que la Sala se pronunciará a continuación.

* 1. **Sobre la validez del contrato estatal *sub judice***

El Ministerio Público, a través de la Procuraduría Quinta Delegada, considera que el contrato puede estar viciado de nulidad absoluta por haber sido celebrado contra expresa disposición legal, si se tiene en cuenta que el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 prohíbe expresamente a los accionistas que funjan como administradores celebrar acuerdos de este tipo y dado que varios de los contratantes, entre ellos el departamento de Caldas, contaban con representación en la junta directiva de la entidad y por ende, ostentaban tal calidad conforme al artículo 22 de la misma ley.

Así las cosas, resulta pertinente presentar el marco jurídico aplicable a la nulidad de los contratos estatales con miras a establecer si el contrato *sub judice* se encuentra viciado de invalidez, por los motivos señalados por el Ministerio Público, entre otras razones. Cabe recordar que el artículo 1742 del Código Civil autoriza el decreto oficioso de la nulidad absoluta por parte del juez, al tiempo que establece dicha declaración como imperativa[[16]](#footnote-16) siempre que se encuentre plenamente demostrada en el proceso, con audiencia de las partes o sus causahabientes, como lo prevé el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, mediante el cual se modificó el artículo 87 del C.C.A.[[17]](#footnote-17).

La declaratoria de nulidad de los contratos, implica, la interrupción de la eficacia futura, pero también retroactiva en cuanto sea posible y por ende, conduce a la extinción de las obligaciones entre las partes. En los contratos estatales la nulidad se produce por causas adicionales a las previstas en el derecho privado. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 estipula que son nulos por las razones dispuestas en el derecho civil, y también cuando: *i)* se celebran con personas incursas en inhabilidad o incompatibilidad, *ii)* se celebran contra expresa prohibición constitucional o legal, *iii)* se celebran con abuso o desviación de poder, *iv)* se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, *v)* se celebren con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esa ley.

La nulidad absoluta del contrato estatal pueden alegarla las partes, el agente del Ministerio Público, cualquier persona que acredite interés directo o declararla oficiosamente el juez, siempre que se encuentre plenamente demostrada en el proceso, con audiencia de las partes o sus causahabientes, como lo prevé el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del C.C.A; además, no es susceptible de saneamiento por ratificación. De otra parte, como sucede con la nulidad relativa en el derecho privado, en la contratación estatal este vicio se configura por los demás defectos de que adolezca el negocio susceptible de saneamiento por ratificación o por prescripción, de 2 años contados desde que ocurre el hecho generador.

Así mismo, la Ley 80 de 1993 consagra la figura de la nulidad parcial, la cual consiste en que *“la nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidarán la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada”*.

A diferencia del derecho privado, el estatuto de contratación pública dispone que si se declara la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, se reconocerá y pagarán las prestaciones ejecutadas hasta la adopción de la decisión. No obstante, si el contrato es nulo por objeto o causa ilícita, la entidad sólo debe pagar el beneficio que el contratista le haya prestado. Así lo establece el artículo 48 del mismo compendio normativo:

*“Artículo 48º.-**De los Efectos de la Nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

*Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público* – se destaca-*”.*

* + 1. *De la causal de nulidad alegada por el Ministerio Público*

A juicio de la Sala, le asiste parcialmente razón al Ministerio Público en la objeción presentada respecto del *“acuerdo de accionistas”*, en tanto fue suscrito por la totalidad de los socios y entre ellos, por quienes fungían como representantes del departamento ante la junta directiva de la EPS de Caldas, esto es, con funciones de administración conforme a la definición traída por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995. Lo anterior, respecto de las obligaciones asumidas para votar en bloque en las futuras asambleas generales de accionistas, respecto de las cuales, la ley restringió su participación de forma manifiesta en el artículo 70 de la misma norma que dispone, como ya se ha enunciado, que sólo se permita el alcance de dicho tipo de acuerdos a los socios no administradores. De donde, las referidas estipulaciones se encuentran viciadas de invalidez por haber sido convenidas, sin competencia y en contra de expresa prohibición normativa (artículo 44 numeral 2º de la Ley 80 de 1993). Lo anterior, sin perjuicio de las estipulaciones, respecto de las cuales la ley no establece prohibición.

Al respecto, el profesor Reyes Villamizar defiende la validez de otras estipulaciones en que participen los socios con funciones de administración – distintos a los acuerdos de accionistas-, siempre que se pacten dentro del marco legal[[18]](#footnote-18):

*“El hecho de que la norma en cita restrinja los acuerdos vinculantes para la sociedad a los temas expresamente señalados, no quiere decir, en forma alguna, que no exista la posibilidad de que se celebren convenios sobre otros asuntos. Tal es el caso de aquellos como la compra o venta de las acciones, cuotas o partes de interés, condicionada a la ocurrencia de ciertos eventos, o el compromiso de mantener inmodificadas las proporciones de un determinado grupo de socios, etc. Estos convenios seguirán siendo, como hasta ahora, plenamente válidos con la salvedad anotada de que no vincularán a la compañía ni a los demás asociados. Además no se requerirá que quienes celebren este tipo de convenios sean socios no administradores, pues esa exigencia se restringe a los pactos oponibles a la sociedad".*

Empero, advierte la Sala que el contrato no solo adolece de la ilegalidad señalada sino que la totalidad del contrato está viciado toda vez que fue suscrito con falta de capacidad, objeto ilícito y con franco desconocimiento del régimen constitucional y legal, como se pasará a ver.

* + 1. *La disposición de las acciones departamentales por parte del gobernador o su delegado debía realizarse previa autorización de la Asamblea Departamental , empero la nulidad no podrá declararse*

Las obligaciones derivadas del *“acuerdo de accionistas”* en su conjunto tenían como fin proteger la inversión de la sociedad Platino S.A. en la EPS de Caldas, creada como empresa industrial y comercial del Estado y transformada posteriormente en sociedad de economía mixta conforme a la reforma de los estatutos sociales – párr. 4.8.-, cuya creación fue autorizada por medio de la ordenanza No. 186 de 10 de mayo de 1996 y protocolizada mediante la escritura pública No. 2.044 de 20 de agosto del mismo año– párr. 4.1.-.

El procedimiento de conformación de dicha entidad pública atiende a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 300 de la Carta Política, que confirió la competencia para determinar la estructura de la administración departamental a las Asambleas, así como facultó a dichos órganos colegiados para autorizar la creación de sociedades de economía mixta. Se dispone:

*“ARTICULO 300. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 01 de 1996. El nuevo texto es el siguiente: Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:*

*(…)*

*7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta”- se destaca- .*

Norma desarrollada y concordante con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998[[19]](#footnote-19) y los artículos 60[[20]](#footnote-20) y 258 del Decreto Ley 1222 de 1986 – Código de Régimen Departamental-. Esta última dispone que:

*“ARTICULO 258.-La creación de sociedades de economía mixta y de sociedades en las que los departamentos tengan menos del cincuenta y uno por ciento (51%) de su capital social, así como la participación de los departamentos en sociedades ya constituidas, deberán ser autorizadas por las Asambleas. Estas también podrán investir de precisas facultades a los gobernadores para que ellos dispongan sobre su creación y organización”* – se destaca-.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-953 de 1999[[21]](#footnote-21), dejó en claro que en el nivel departamental, las sociedades de economía mixta pueden ser creadas por los gobernadores, previa autorización de la Asamblea. Se sostuvo en aquella ocasión:

*“(…) La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares”* – se destaca-.

Lo anterior, en plena observancia del principio de separación de poderes, que a nivel territorial se manifiesta en la división de las competencias administrativas entre un órgano colegiado y deliberante, que es la asamblea departamental y un órgano ejecutor, la gobernación[[22]](#footnote-22).

En tal virtud, se tiene que para modificar, extinguir o en general, adoptar decisiones que implicaran la disposición del activo público representado en la participación accionaria del Estado, o para el caso concreto, del departamento de Caldas, en la sociedad de economía mixta pública EPS de Caldas, se debían observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación de dichas entidades, de tal suerte que, para ello, debía existir también una ordenanza que autorizara al gobernador a modificar o reducir la participación del departamento en la sociedad. En otras palabras, la reforma estatutaria realizada y avalada por la Asamblea General de Accionistas en sesión de 5 de junio de 2002 debía contar con ordenanza que la autorizara. Al respecto, es de recordar el principio general de derecho, denominado por los romanos *in iure sicu fit ita solvitur res*, conforme al cual “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”.

Analizado el clausulado del acuerdo de accionistas, no cabe duda que lo pactado no se limita al denominado *“sindicato de votación”*, es decir, a la conformación de un grupo de socios cuyas votaciones serían en bloque y de manera unánime en las asambleas generales de socios -cláusulas que como se ha dicho, se encuentran viciadas por haber sido suscritas por socios administradores, sin competencia y pese a la expresa prohibición legal, sino que atiene especialmente a la adopción de una serie de medidas de protección del patrimonio del inversionista privado con cargo al patrimonio público, cuyo efecto real sería (i) la disminución de la participación accionaria del departamento de Caldas, así como de los municipios del departamento y demás accionistas, para compensar las posibles pérdidas del inversionista, (ii) aunado a la entrega de la disposición de dicho activo público a la empresa privada, mediante el compromiso de nombramiento de una junta directiva mayoritariamente compuesta por miembros de la sociedad Platino S.A., así como el nombramiento de un gerente de su resorte. Todo lo anterior mediante reforma estatutaria de reducción del capital social, que aunque comprendería una distribución de sumas entre los asociados, se entiende que no fue únicamente asumida por los socios individualmente considerados como lo arguyen las partes, sino por la sociedad misma, pues es su máximo órgano decisorio, la Asamblea General de Accionistas llamada a adelantar, conforme a sus estatutos, las reformas estatutarias necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones pactadas. Así lo dispone el artículo 421 del C. Co., que señala:

***“ARTÍCULO 421. <MAYORÍA EN ASAMBLEA PARA APROBACIÓN DE REFORMAS ESTATUTARIAS>.*** *Salvo que en la ley o en los estatutos se fijare un quórum decisorio superior, las reformas estatutarias las aprobará la asamblea mediante el voto favorable de un número plural de accionistas que represente cuando menos el setenta por ciento de las acciones representadas en la reunión”* – se destaca-*.*

Respecto del primer asunto queda claro, en la cláusula quinta del contrato, que se estableció una obligación de reembolsar cualquier erogación que realizara Platino S.A. por cuenta del *i)* pago de pasivos, multas o sanciones no contabilizadas en el balance presentado el 31 de marzo de 2002, *ii)* en caso de que tuviesen que realizar ajustes al patrimonio reportado en el balance presentado a la Asamblea General de Accionistas el 31 de marzo de 2002, si ello implicaba alguna erogación para la inversionista, lo anterior, condicionado a que si el pago no se realizaba en un periodo de 15 días, se realizaría una dación del valor equivalente en acciones de los socios primigenios, entre ellos el departamento, recibidas por el valor intrínseco del último corte contable y con un castigo del 40% entre dinero y acciones. Condición que de cumplirse llevaría, de manera automática, como se ha dicho, a la disminución de la participación pública en la sociedad en favor del privado inversionista y por ende, a la reducción de capital social con distribución entre los socios, que debería materializarse mediante la reforma de los estatutos de la EPS de Caldas S.A.

Recuérdese que se acordó la reducción del capital suscrito con cargo únicamente al patrimonio de los accionistas primigenios, *i)* cuando quedara formalizada la devolución del inmueble aportado por Inficaldas a la sociedad o *ii)* cuando se contabilizara la pérdida derivada de la necesidad de provisionar la cuenta por cobrar al régimen subsidiado, en liquidación, condicionado a su vez a que, en caso de que no fuera posible la reducción de la participación de los demás accionistas, estos compensarían a Platino S.A. mediante la transferencia del número de acciones que le permitirá mantener su participación accionaria – párr. 4.13.-.

Lo anterior, sin contar con que para el proceso de capitalización, los accionistas, entre ellos el departamento de Caldas, renunciaron a su derecho de preferencia en la emisión y colocación de acciones, el cual a su vez fue cedido a la sociedad inversionista - párr. 4.11.-. Decisión que, en orden a lo dispuesto por el artículo 420 del C. Co[[23]](#footnote-23), también corresponde a la Asamblea General de Accionistas.

Frente al segundo asunto, la cláusula cuarta establece una serie de compromisos relacionados con la entrega del control de la sociedad de economía mixta a Platino S.A. para la designación mayoritaria de los miembros de la junta directiva y el gerente. Así quedó expreso en el contrato cuando se señaló que dichas medidas tenían como fin *“garantizar el control y manejo administrativo y científico de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE CALDAS S.A. “E.P.S. DE CALDAS S.A.”, por parte del nuevo inversionista”.*

De los antecedentes de la contratación obrantes en el plenario, no se colige autorización de parte de la Asamblea Departamental asumir compromisos dispositivos de la participación de la entidad territorial en la EPS, pues no obra en el plenario ordenanza alguna en la que se haya establecido tal habilitación, ni consta dicha autorización en las actas de las asambleas generales de accionistas o de la junta directiva, de donde, conforme a lo probado en el proceso, el representante del gobernador actuó con falta absoluta de competencia para adquirir las obligaciones allí fijadas. Lo anterior, comoquiera que, aunque la capitalización de la EPS de Caldas fue autorizada por la Asamblea Departamental de Caldas mediante ordenanza de no. 418 de 2001, en lo atinente a la compra de acciones por parte de Inficaldas, no se probó que hubiera sido autorizado el ingreso de capital privado y cambio de naturaleza jurídica de la sociedad, así como la imposición de obligaciones de reforma estatutaria como la reducción de capital acordada en el denominado “acuerdo privado de accionistas”, pues, cuestionada sobre el punto, la Asamblea Departamental de Caldas señaló que “*revisados los archivos que reposan en la Asamblea Departamental de Caldas, correspondientes al periodo 1998 a 2003,* [no reposa] *ordenanza alguna en la que se hable de la modificación de la naturaleza jurídica de la Empresa Promotora de Salud de Caldas S.A. E.P.S. de Caldas S.A”*

Aunado lo anterior, quien suscribió el contrato por parte de la gobernación, lo hizo en virtud de poder especial proferido por el gobernador para representar al ente territorial en la Asamblea General de Accionistas del 5 de junio de 2002 y para *“firmar, bajo estricta sujeción a la Ley, el acuerdo de accionistas relacionado con la capitalización de la empresa”*. Ahora la Ley 80 de 1993 establece que la función contractual reside en los jefes y representantes legales de las entidades, y que la misma puede ser delegada total o parcialmente, empero ello no comporta autorización para del activo público, en particular si se considera que la asamblea no otorgó facultades al gobernador.

Esto es, como el gobernador de Caldas no contaba con autorización para obligar al departamento a dar en pago, es decir, transferir una parte de su participación accionaria en la EPS de Caldas, es claro que el contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito. Se reitera que el artículo 1519 del Código Civil define el objeto ilícito como *“todo lo que contraviene el derecho público de la Nación”.* No cabe duda que las normas sobre competencia, que hacen efectivo el principio de separación de poderes, son de orden público. Obsérvese que el departamento se obligó a la dación de cumplirse cualquiera de las condiciones pactadas, esto es, el incumplimiento de los socios en el reembolso de cualquier pérdida, gasto o erogación no contabilizada en el balance presentado el 31 de marzo de 2002, la realización de cualquier ajuste al patrimonio reportado en dicho balance, o la compensación por reducción del capital social derivado de la devolución del capital invertido por Inficaldas.

En adición, la suscripción de un contrato estatal con falta de competencia, se asimila a la falta de capacidad plena, consagrada en el artículo 1741 del Código Civil, que señala que *“[h]ay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces”.* Sobre el particular, ha dicho la Sala:

*“En los términos anteriores, se está en presencia de un vicio de nulidad absoluta, en tanto supone la celebración de un contrato sin la observancia de las normas de competencia de derecho público arriba referidas, es decir, existe objeto ilícito. Efectivamente, el artículo 1519 del Código Civil prescribe que esa irregularidad se verifica “en todo lo que contraviene el derecho público de la nación”. En esa misma dirección, la doctrina nacional ha explicado que la “contrapartida pública de la capacidad es la competencia, la cual es determinante para la validez de las actuaciones del Estado. Las normas que la consagran son de orden público y, por ende, ni negociables ni irrenunciables. Lo dicho significa que cuando una persona actúa a nombre de una entidad oficial sin competencia, esto es, sin poder vinculante, el acto que profiera, no es válido, sino nulo por falta de competencia e imposible de sanear por ratificación. Aceptar que cualquier persona o funcionario puede comprometer a una entidad estatal mediante la ratificación ulterior de su actuación, conduce a la negación de toda la teoría pública que a lo largo del tiempo se ha estructurado sobre la competencia”[[24]](#footnote-24)* – se destaca-.

Pese a lo anterior, del análisis del clausulado advierte la Sala, como se ha vislumbrado, que (i) aunque el contrato se denominó *“acuerdo de accionistas”* y se arguyó que el mismo se enmarca en las previsiones del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, en la forma del conocido “sindicato de votación”, lo cierto es que materialmente se trata de un contrato estatal –ver acápite 5.1. *Supra*- que no sólo comprometió la voluntad y obligó a su cumplimiento a los accionistas individualmente considerados sino que, (ii) habiendo sido aprobado en sesión de 5 de junio de 2002 por la Asamblea General de Accionistas de la EPS de Caldas, comprometió la voluntad y obligó a esta última, comoquiera que fue el ente social y no los accionistas, la que asumió el cumplimiento de las obligaciones de garantía a favor del inversionista – distintas a las del mencionado sindicato de votación- como fueron (i) la celebración de una Asamblea General de Accionistas cuya convocatoria tendría como fin la integración de una nueva junta directiva de la sociedad del resorte de la sociedad Platino S. A.; (ii) reducción de capital social con redistribución de los valores invertidos; (iii) La protección de la inversión realizada por Platino S.A. mediante el saneamiento de la sociedad en caso de pleitos, embargos, prendas y gravámenes en general y el saneamiento por evicción en la proporción de participación del capital social; (iv) el reajuste del patrimonio societario mediante dación automática de acciones al inversionista en caso de que el patrimonio reportado en el balance de 31 de marzo de 2002 implicara alguna erogación para la firma inversionista y (v) la rebaja del capital suscrito con cargo a la participación de los accionistas primigenios.

Siendo así, entiende la Sala que el llamado a responder por el acusado incumplimiento contractual que se señala en el libelo no es el Departamento de Caldas, pues, aparte de la votación en bloque acordada, que, como se ha dicho, está viciada de ilegalidad, no le asistía la obligación de garantizar la inversión realizada por la Sociedad Platino S.A. Fue la sociedad misma, a través de su máximo órgano societario la que, en sesión de 5 de junio de 2002, se comprometió a adoptar en próximas sesiones, las reformas acordadas, las cuales, en todo caso, como se ha señalado, fueron dispuestas con desconocimiento de las normas en que debían fundarse. En ese orden, no cabe duda a esta Sala acerca de la falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento de Caldas para ser convocado a la litis.

En este punto, la Sala pone de presente que, la condición de sociedad anónima por acciones de la EPS de Caldas una sociedad anónima por acciones y al tiempo la falta de legitimación para exigir a los socios por el cumplimiento de obligaciones sociales conforme lo dispone el artículo 252 del C. Co. Así, *“no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales. Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos (…)”.* Asunto sobre el que se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-090 de 2014[[25]](#footnote-25), en el que se analizó el alcance de la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital, como la anónima, y se estableció su compatibilidad con la Constitución. Señaló la Corte:

***“3.2. El límite de la responsabilidad de la persona jurídica: jurisprudencia.***

*3.2.1. La constitución de una sociedad -por regla general- implica el nacimiento de una persona distinta de los socios, dotada de atributos propios de la personalidad jurídica -nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad y patrimonio- para el desarrollo del objeto de su creación. Por ello, la legislación universal ha dispuesto que el ente social -ser diferente de las personas naturales que lo constituyeron- responde por las actuaciones y obligaciones que contrae con terceros e incluso frente a los accionistas. Dijo, al respecto, la Corte -C-865 de 2004-: “La finalidad de este derecho constitucional [a la personalidad jurídica] se plasma entonces en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico”.*

*3.2.2. La restricción de la responsabilidad al monto de los aportes se justifica en el hecho de que el patrimonio de la sociedad es distinto al patrimonio de cada socio[[26]](#footnote-26). En la misma sentencia citada, la Corte indicó:*

# *“Nótese como, la existencia de una clara división patrimonial permite explicar la “teoría de limitación de riesgo”, la cual se estructura bajo las siguientes premisas generales, a saber:*

# *(i) Los bienes de la sociedad no pertenecen en común a los asociados, pues estos carecen de derecho alguno sobre el patrimonio que integra el ente moral, correspondiéndoles exclusivamente un derecho sobre el capital social (C.Co. arts. 143, 144, 145 y 46).*

# *(ii) Los acreedores de los socios carecen de cualquier acción sobre los bienes de la sociedad, pues tan sólo tienen derecho a perseguir las participaciones del asociado en el capital social (C.Co. art. 142), mutatis mutandi, los acreedores de las sociedad tampoco pueden hacer efectivas sus acreencias con los bienes de los asociados, pues el socio como sujeto individualmente considerado carece de un poder de dirección sobre el ente social y, por lo mismo, la manifestación de voluntad de la persona jurídica, corresponde a una decisión autónoma de un sujeto capaz, cuya finalidad es hacer efectivo el interés plurilateral de las personas que acceden a su creación.*

*17.**De conformidad con lo previsto en el artículo 150 (numerales 2° y 8°) en armonía con lo dispuesto en el artículo 189 (numeral 24) de la Constitución Política, le corresponde al legislador regular no sólo la denominación de las tipologías societarias (tales como, sociedades colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada, anónima, mixta, etc.), sino también definir la preservación de sus atributos como personas jurídicas.*

*En efecto, es el legislador quien tiene la competencia para establecer los requisitos y condiciones para la creación de sociedades morales, así como para determinar las distintas clases o tipologías de sociedades. Así como, es quien puede determinar en qué medida los atributos que definen su personalidad operan con mayor o menor intensidad y, por lo mismo, se ponderan en atención a los rasgos característicos que el mismo legislador le reconoce a cada modalidad societaria.” (subraya fuera de texto).*

*3.2.3. En las sociedades de capital, la incomunicación de patrimonios se explica entre otras cosas, en el hecho que en ese tipo de sociedades tiene una destacada importancia y significación el aporte económico de los socios más que sus particulares condiciones personales. Ello se traduce en regímenes diferenciados, por ejemplo, en materia de administración, enajenación de la participación social, adopción de reformas estatutarias o el ejercicio del derecho a la inspección.*

*3.2.4. De otra parte, la restricción de la responsabilidad patrimonial de los socios al monto de los aportes, aunque necesaria para el desarrollo empresarial, la existencia del mercado de valores y la inversión, no es una regla absoluta, ya que ante la concurrencia de ciertos eventos -en general, fraude a la ley y abuso del derecho-, la ley prevé que los accionistas respondan con su peculio personal por las deudas del ente social a través de la extensión de la responsabilidad.*

*(…)*

***4.2. Jurisprudencia constitucional: C-865 de 2004.***

*4.2.1. La Corte Constitucional ha declarado ajustada a la Constitución la limitación del riesgo en las sociedades de capital, en tanto que corresponden a una realidad jurídica distinta a las sociedades de personas y, por ende, se presenta la inexistencia de una relación directa en el funcionamiento de la sociedad y la separación entre los patrimonios de los asociados y la sociedad. Sin que dicha limitación, sea óbice para el desconocimiento de los derechos consolidados de los trabajadores, puesto que a su disposición cuentan con herramientas legales y jurisprudenciales para la defensa de sus derechos.*

*4.2.2. La sentencia -C 865/04- concluyó que el límite de la responsabilidad encuentra justificación en un fin social y constitucionalmente válido, cifrado el deber estatal de estimular el desarrollo empresarial y de preservar la estabilidad y el orden económico como “fines esenciales del Estado”, así:*

*“Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica.*

*La canalización de recursos financieros a través de acciones constituye una típica formula de inversión social y económica. Es inversión económica, pues los grandes capitales logran realizar importantes proyectos económicos en beneficio del país. Es inversión social, ya que la empresa constituye no sólo el principal generador de empleo y bienestar, sino también el mayor contribuyente fiscal del Estado.*

***22.*** *En consecuencia, la inexistencia de limitación de responsabilidad pondría fin al mercado de valores, pues sería imposible conocer el valor real de una acción. En efecto, ya no sólo sería necesario tener conocimiento acerca de la información financiera de la compañía a la cual se pretende invertir (loable propósito que cumplen los estados financieros debidamente registrados), sino que también debería estudiarse las declaraciones tributarias, las constancias de ingresos, los recursos patrimoniales, los gastos familiares y aún los personales de cada uno de los socios. Misión que además de ser excesivamente onerosa y poco eficiente, en la práctica podría llegar a constituir una manifiesta violación a la garantía constitucional de la intimidad.*

*Así las cosas, si las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país, no admite discusión alguna que el hecho de asistir al desaparecimiento de sus atributos, pondría en riesgo la estabilidad y el orden económico como fines esenciales del Estado, previstos tanto en el preámbulo como en los artículos 1°, 25, 39, 150-8, 189-24, 333 y 334 de la Constitución Política.” (subraya fuera de texto).*

*Para la Corte, la separación de patrimonios no solo se basa en tratarse de atributos de la personalidad de sujetos de derecho diferentes, sino que constitucionalmente se justifica por su importancia en la promoción del emprendimiento económico y para el desarrollo económico del país.*

*4.2.3. No obstante, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha reconocido que no existen derechos absolutos, la separación patrimonial está limitada a ciertos eventos, tales como el abuso del derecho o el fraude a terceros. La Corte en la sentencia C-865 de 2004 expresó lo siguiente:*

*“A contrario sensu, en las denominadas sociedades intuitus pecuniae, tal y como ocurre con las sociedades anónimas, el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación de riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles, tales como, permitir la circulación de riqueza como medio idóneo para lograr el desarrollo y el crecimiento económico del país.*

*Sin embargo, a pesar de su innegable importancia para el desarrollo del sistema económico, la limitación de riesgos a favor de los socios de las sociedades anónimas no puede considerarse un derecho absoluto, como no lo es, ninguno de los derechos personales o reales previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Es precisamente en su relatividad intrínseca, como producto de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demás o de impedir su desarrollo abusivo como medio de defraudación o engaño, o en últimas, en interés de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público, que el legislador permite interponer acciones contra los socios de dichas sociedades, en casos especiales y excepcionales, previamente tipificados en la ley, con el propósito de responsabilizarlos directamente con su propio patrimonio frente algunas obligaciones. Así, por ejemplo, el artículo 207 de la Ley 222 de 1995, independientemente del contenido del contrato social, hace responsables a los socios que incurran en violación de la ley por la comisión de actos de defraudación frente a terceros.” (subraya fuera de texto)*

*4.2.4. De este modo, la separación de responsabilidades patrimoniales entre sociedad y socios, y con ello la limitación de la responsabilidad de los socios respecto de las obligaciones de la sociedad, fue declarada exequible en la citada sentencia constitucional, en atención a las finalidades constitucionales de estímulo empresarial, de preservación de la estabilidad y el orden económico y de desarrollo y crecimiento económico-social”* – se destaca-

En ese orden, en seguimiento de lo dispuesto por el artículo 1742 del Código Civil, la Sala no podrá declarar la nulidad absoluta del contrato en cuestión pese a la ilegalidad advertida que vicia la totalidad del clausulado, menos pronunciarse sobre el incumplimiento contractual demandado, comoquiera que la parte interesada no fue demandada, esto es, la EPS de Caldas S.A. en liquidación, persona jurídica distinta de sus socios, quienes no están llamados a responder. Lo anterior, sin perjuicio de la reclamación presentada por la sociedad Platino S.A. ante la liquidadora de la EPS de Caldas y que fue despachada negativamente en resoluciones de 15 de julio y 11 de noviembre de 2003, en las que se indicó que, de conformidad con lo normado por el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 *“(…) ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo” –*ver. Párr. 4.20. *Supra-*, pues en todo caso, dichos actos administrativos, una vez ejecutoriados, también serían objeto de control judicial, así como el incumplimiento señalado, el que debe reprocharse a la sociedad, de donde no puede endilgársele responsabilidad a uno de los accionistas, el departamento de Caldas, como se pretendió en la demanda.

Así las cosas, por las razones expuestas, la Sala declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento de Caldas y dado el carácter material de la misma, se deprecarán en forma negativa las pretensiones.

1. **Costas**

No hay lugar a la imposición de costas, toda vez que de las actuaciones del proceso no se colige la existencia de temeridad o mala fe en los términos del artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**MODIFICAR** la sentencia de 2 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, la que quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** probada, de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Caldas, único demandado en este asunto.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo y expídanse a las parte las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Sala**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Magistrado**

1. En decisión de 24 de octubre de 2008. [↑](#footnote-ref-1)
2. El 20 de enero de 2005, cuando se presentó la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de $51 730 000 y la mayor de las pretensiones fue estimada en $1 213 865 852, por concepto de lucro cesante (fol. 179, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 640 de 2001, Articulo 20. Audiencia de Conciliación Extrajudicial en Derecho. *“Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.// La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.// PARAGRAFO. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 29 de septiembre de 2015, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Exp. 33139. [↑](#footnote-ref-4)
5. La ordenanza autoriza al Gobernador de Caldas para que, en su calidad de representante legal del departamento, constituya una sociedad sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado cuyo objeto sea la prestación de los servicios propios de las entidades promotoras de salud (art. 1), así como lo facultó por el término de seis meses para promover la creación y organización de la sociedad (art. 2) y para la realización de todas las operaciones presupuestales necesarias para poner en marcha la EPS departamental (art. 3). [↑](#footnote-ref-5)
6. Indica la cláusula primera del acto de constitución de la sociedad anónima: *“CAPÍTULO 1. NOMBRE, NATURALEZA, VINCULACIÓN, DOMICILIO, OBJETO Y DURACIÓN DE LA EMPRESA: La empresa se constituye como anónima, regida por las reglas que regulan las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Las disposiciones mencionadas arriba y por las que sean pertinentes del Código de Comercio y se denominará Empresa Promotora de Salud de Caldas S.A. (…)”* (fol. 10, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-6)
7. El artículo 5º de los estatutos sociales quedó aprobado en los siguientes términos: *“ARTÍCULO 5º. CAPITAL SOCIAL. CAPITAL AUTORIZADO: El capital autorizado de la sociedad es de seis mil millones de pesos ($6.000.000), representados en seis mil (6.000) acciones nominativas, de un valor nominal de un millón de pesos ($1.000.000), cada una, moneda legal. De la cantidad indicada, un mil setecientas noventa y un acciones (1.791) son acciones privilegiadas o de clase A, cuatrocientas mil doscientas nueve acciones (4.209) son acciones ordinarias o acciones de clase B”* (fol. 52, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-7)
8. El reglamento, fue proferido por la Asamblea en los siguientes términos: *“PRIMERO: NÚMERO DE ACCIONES OFRECIDAS: Ofrecer para suscripción por parte de la sociedad en cuyo favor la asamblea ha hecho dejación del derecho de preferencia, UN MIL SETECIENTAS NOVENTA Y UN ACCIONES (1.791) NOMINATIVAS Y PRIVILEGIADAS O ACCIONES DE LA CLASE A de las que la sociedad tiene actualmente en reserva, acciones que son de un valor nominal de UN MILLÓN DE PESOS MONEDA CORRIENTE ($1.000.000) cada una. La Asamblea General de Accionistas renunció al derecho de preferencia establecido legalmente en favor de los accionistas, renuncia que aprobó con la mayoría dispuesta por la ley y en favor de la entidad destinataria de la oferta.// SEGUNDO: DESTINATARIA EXCLUSIVA DE LA OFERTA: Será destinataria exclusiva y tendrá por tanto derecho a suscribir las acciones de la presente emisión, la sociedad CLÍNICA MANIZALES S.A., sociedad comercial anónima, con domicilio en la ciudad de Manizales (…)”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. La decisión quedó documentada en el acta en los siguientes términos: *“Revisada y analizada la cuestión, se somete entonces a consideración de la Asamblea la reforma del artículo 5º de los Estatutos Sociales el cual quedará del siguiente tenor: ARTÍCULO QUINTO. CAPITAL AUTORIZADO; CAPITAL SUSCRITO; CAPITAL PAGADO. El capital autorizado de la sociedad, a la fecha de esta reforma es la suma de seis mil millones de pesos ($6.000.000.000,oo) dividido en acciones nominativas de un valor nominal de un millón de pesos ($1.000.000) cada una. De la cantidad indicada, son ordinarias 4.209 y son acciones privilegiadas de clase A, 1.791.// El capital suscrito de la sociedad, a la fecha de esta reforma, asciende a la suma de cuatro mil doscientos nueve millones de pesos ($4.209.000.000) dividido en 4.209 acciones nominativas de un valor nominal de un millón de pesos ($1.000.000). // El capital pagado de la sociedad al momento de esta reforma, es la suma de tres mil novecientos nueve millones de pesos ($3.909.000.000), dividido en 3.909 acciones nominativas de un valor nominal de un millón de pesos, cada una, suma que la sociedad declara haber recibido de cada uno de los accionistas en la proporción que le corresponde a entera satisfacción. Los accionistas limitan su responsabilidad al monto de sus aportes.// El capital suscrito por cobrar al momento de esta reforma, es de trescientos millones de pesos ($300.000.000) dividido en 300 acciones de un valor nominal de un millón de pesos cada una. (…) Oídas las explicaciones dadas y analizadas las circunstancias, la Asamblea con el voto unánime de los asistentes a dicha reunión, aprueba la reducción del capital social, el reembolso efectivo de aportes a INFICALDAS y la reforma del artículo quinto de los estatutos sociales”* (fol. 65, c. ppal.)*.* [↑](#footnote-ref-9)
10. La reforma en cita, se puede constatar en el artículo 1º de los estatutos sociales, así: *“ARTÍCULO 1. NOMBRE, NATURALEZA Y VINCULACIÓN. La entidad promotora se salud de Caldas S.A., E.P.S. DE CALDAS, queda transformada en SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. Se regirá por las reglas jurídicas atinentes a dicha clase de sociedad y por las que sean pertinentes del Código de Comercio* (fol. 66, c. ppal.)*.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Expresamente quedó señalado en el documento de *“adhesión incondicional al acuerdo”*, que la sociedad Platino S.A. compromete su voto para formalizar la reforma estatutaria consistente en la rebaja de capital, al tiempo que acepto expresamente que *“el capital inicial aportado se destine al pago de las obligaciones pendientes a cargo de la sociedad y a favor de diferentes IPS, pago que se hará de conformidad con los vencimiento de las obligaciones mencionadas, es decir, de acuerdo con la mora que reporten con el fin de no afectar el margen de solvencia de la sociedad”* (fol. 136, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-11)
12. Informó la liquidadora en comunicación de 1º de junio de 2004 *“(…) Desde antes de la toma de posesión para liquidación forzosa del Régimen Contributivo, la Supersalud señaló como motivos para la revocación de la autorización para administrar y operar este régimen, en la resolución No. 002320 del 2002, que: “En cuanto a las medidas impuestas a esa EPS por la no acreditación del margen de solvencia, se precisa que estas fueron aplicadas a partir de 24 de julio de 2001, por lo tanto, la entidad no puede justificar en este hecho los incumplimientos de número mínimo de afiliados, por cuanto para la época que le fueron aplicadas las medidas del margen de solvencia la entidad ya estaba desatendiendo sus obligaciones de afiliación.”* (fol. 149, c. ppal.) [↑](#footnote-ref-12)
13. Señala el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 que *“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de julio de 2015, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. (31683)A. [↑](#footnote-ref-14)
15. Señala el profesor Francisco Reyes Villamizar que *“Las mayorías para aprobar reformas estatutarias de acuerdo con lo previsto en el C. de Co. Son las siguientes: unanimidad en la sociedad colectiva, salvo pacto en contrario (C. de Co., art. 302); 70 por ciento de las cuotas en que se divide el capital social, a menos que en los estatutos se determine una mayoría decisoria superior en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 360 del mismo estatuto) y unanimidad de los socios gestores y mayoría absoluta de los votos comanditarios, salvo estipulación expresa en contrario en las sociedades en comandita (art. 340, ibíd.). Debe recordarse, además, que la Ley 22 de 1995 redujo las mayorías decisorias para reformas estatutarias en la sociedad anónima, a la mitad más una de las acciones presentes (art. 68), salvo que en los estatutos de una sociedad anónima cerrada (que no negocie sus acciones en bolsa) se convenga una mayoría superior (…)”.* REYES VILLAMIZAR, Francisco, *“Derecho societario”,*  Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 2006, pág. 4, nota al pie 2. [↑](#footnote-ref-15)
16. Señala expresamente la norma: ARTÍCULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”* – se destaca-. [↑](#footnote-ref-16)
17. Código Contencioso Administrativo, Artículo 87. De las controversias contractuales. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. (…)// El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. // En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil. [↑](#footnote-ref-17)
18. REYES VILLAMIZAR, Francisco, *“Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos”*, Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, página 187. [↑](#footnote-ref-18)
19. Dispone la norma: Artículo 97º.- Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 529 de 1999, Reglamentado por el Decreto Nacional 180 de 2008. Sociedades de economía mixta. *“Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la* *forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”* – se destaca-. [↑](#footnote-ref-19)
20. Dispone la norma: Artículo 60*. “Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas: (…) 6. Crear, a iniciativa del gobernador, los establecimientos públicos sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales conforme a las normas que determine la ley”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Constitucional, sentencia C-953 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-21)
22. RODRÍGUEZ, Libardo. *“Estructura del poder público en Colombia”,* ed. Temis, 15a Edición, 2015, pág. 237. [↑](#footnote-ref-22)
23. Código de Comercio, Artículo 420. <FUNCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS>. *“La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes: // 5) Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión (…)”.* [↑](#footnote-ref-23)
24. [13] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Legis Editores S.A., 2ª edición, 2003, Bogotá, p. 52 citado en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de noviembre de 2015, Exp. 31151, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Constitucional, sentencia C-090 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-25)
26. # [3] Ut supra. “Tan importante es la separación patrimonial entre socios y sociedad que el ordenamiento jurídico le otorga la denominada *“acción de impugnación”* a los administradores, revisores fiscales y socios ausentes y disidentes (C.Co. art. 191), con el propósito de invalidar las decisiones mayoritarias adoptadas por la junta de socios o asamblea general de accionistas que vulneren las prescripciones estatutarias. En efecto, la existencia de una acción para decretar la ilegalidad de una determinación, sólo tiene razón de ser ante el conflicto o la colisión de los intereses particulares de las personas asociadas con el interés plurilateral del ente social. Si el interés del socio y la sociedad fuese el mismo, la simple lógica conduciría a entender que no existiría disputa alguna por las determinaciones adoptadas.”

    [↑](#footnote-ref-26)