**PRUEBAS - Valoración probatoria - Prueba documental - Copias simples**

Previo a decidir de fondo el recurso de apelación, resulta necesario precisar que alguna parte de la prueba documental que milita en el proceso se halla en copia simple y esa circunstancia, en principio, impediría otorgarle mérito probatorio, porque no satisface las exigencias que rigen la materia, conforme a lo dispuesto por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil; no obstante, en esta oportunidad la Sala la valorará y, por ende, la tendrá en cuenta para elaborar los juicios de valor encaminados a decidir la controversia sometida a su consideración, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de agosto de 2013 (exp. 25.022), unificó su jurisprudencia en torno al tema y estimó procedente dar valor probatorio a las copias simples, cuando éstas no hayan sido cuestionadas en su veracidad por la parte contra quien se aducen o no hayan sido tachadas de falsas.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Acción de controversias contractuales**

Como se verá más adelante, el contrato de arrendamiento celebrado se hallaba excluido de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública, razón por la cual el término caducidad se debe comenzar a contar a partir del día siguiente al hecho que dio origen a la acción, es decir, de la terminación del contrato, tal como lo establece el artículo 136, numeral 10 del C.C.A

**EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Policarpa Salavarrieta - Naturaleza - Régimen jurídico**

Mediante el decreto-ley 1750 del 26 de junio de 2003, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 16 de la ley 790 de 2002, escindió del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatoria y creó siete (7) nuevas entidades, entre ellas, la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, como una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la Protección Social (artículo 2 del citado decreto-ley 1750). (…) El artículo 14 del citado decreto-ley 1750 previó expresamente que los actos de las empresas sociales del Estado creadas a través de dicha normatividad estarían sujetos al régimen jurídico propio de las personas de derecho público, sin perjuicio de las excepciones consagradas en otras disposiciones legales; no obstante, señaló expresamente que el régimen contractual para dichas empresas sería el establecido por las normas del derecho privado, pero podrían utilizar, discrecionalmente, las cláusulas “exorbitantes” previstas en el Estatuto de Contratación Pública. (…) Debe recordarse que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 consagró un criterio subjetivo para identificar los contratos estatales, en la medida en que previó que tienen tal naturaleza aquellos celebrados por las entidades estatales, al margen de que en su formación o en lo sustancial estén excluidos de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública, de modo que en nuestro ordenamiento existen contratos estatales que se rigen por ese Estatuto y otros que están excluidos de la aplicación del mismo, exclusión que en algunos casos obedece a un criterio material (por la naturaleza del contrato o por la actividad que desarrolla la entidad con su celebración) y en otros casos a un criterio subjetivo (por la categoría de la entidad que celebra el contrato), bien sea que la exclusión esté prevista en el mismo estatuto (por ejemplo, el supuesto contemplado en el parágrafo 1º del numeral 5 del artículo 32 de la ley 80 de 1993) o por normas especiales, como es el caso de, entre otras entidades, las empresas sociales del Estado.

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO - Vacío legal - Normativa - Liquidación del contrato - Interpretación**

El vacío o laguna normativa (laguna propia) supone la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo para resolver determinadas situaciones jurídicas, por lo cual se debe acudir al mismo o a otro ordenamiento o a alguna pauta axiológica, como la doctrina constitucional, la equidad o los principios generales del derecho, para colmar la situación que se presenta y ello en virtud del principio de la plenitud hermética del orden jurídico (artículo 8 de la ley 153 de 1887). En este caso, el mismo decreto-ley 254 de 2000 contempló el mecanismo de la heterointegración, esto es, recurrir a otro ordenamiento para suplir el vacío, como solución principal ante tal falencia. Resulta evidente que el citado decreto-ley 254 de 2000 tenía previsto un instrumento de integración para hallar soluciones a situaciones específicas que se presentaran en desarrollo del proceso de liquidación de las entidades públicas y cuyo supuesto no encontrara definición a la luz de las normas del decreto-ley 254 de 2000; pero, la ausencia de competencias para terminar unilateralmente los contratos que tuviera vigentes la entidad en liquidación no puede entenderse como un supuesto de vacío o laguna normativa que permitiera echar mano del ordenamiento supletorio (decreto 2211 de 2004) para arrogarse una facultad que no se hallaba prevista en el régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Requisitos - Indemnización**

La estructuración de la responsabilidad por incumplimiento contractual requiere la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la existencia de un contrato válidamente celebrado, (ii) la preexistencia de una o varias obligaciones originadas en el contrato que son desconocidas por el deudor, (iii) el comportamiento antijurídico de la parte a quien se atribuye el incumplimiento que, en el plano contractual, se traduce en la infracción de las cláusulas contractuales, por acción o por omisión, y que se concreta en la falta de cumplimiento de la prestación debida, en la forma y tiempo establecidos y (iv) un daño que tenga relación causal entre el comportamiento antijurídico del deudor y la prestación insatisfecha. (…) Desde luego, cuando se produce la ruptura del vínculo contractual de forma anticipada, por la conducta de uno de los contratantes, la parte que dio lugar a la terminación está obligada a indemnizar a la otra los perjuicios causados con su actuar, pues, sin duda, tal supuesto es constitutivo de incumplimiento, dentro de la noción antes expuesta.

**TERMINACION UNILATERAL - Perjuicios - Inexistencia - Fuerza mayor**

En efecto, la terminación del contrato de arrendamiento se produjo por la voluntad unilateral del liquidador, expresada a través de la comunicación del 16 de agosto de 2007, y no como consecuencia directa de la orden de supresión y liquidación de la entidad pública, de modo que no fue el acto de la autoridad pública, externo a la entidad en liquidación, lo que determinó la ruptura del vínculo negocial, sino que fue el acto emitido por la misma liquidadora el que puso fin al arrendamiento, de modo que se trata de un acontecimiento interno, es decir, que ocurrió por la conducta de la arrendadora y no por un suceso externo y puramente objetivo, característico de la fuerza mayor; por consiguiente, el daño ocasionado al arrendatario solo es atribuible a la demandada y no a una causa extraña. (…) En suma, el hecho de que el Gobierno Nacional ordenara la supresión y liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta no facultaba a la arrendadora para terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento y, en caso de que así lo hiciera, como en efecto sucedió, no la relevaba de indemnizar los perjuicios que se causaran por la ruptura anticipada del vínculo contractual.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00709-02(39692)**

**Actor: FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DEL TOLIMA SEVERO ROCHA ALVIRA**

**Demandado: E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA – EN LIQUIDACIÓN-**

**Referencia: ACCION CONTRACTUAL**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuya parte resolutiva dispuso:

**“PRIMERO:** ES NULO el acto administrativo contenido en la comunicación de fecha agosto 16 de 2007, suscrita por la apoderada especial de la sociedad FIDUAGRARIA S.A., Liquidadora de la ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN, y remitida a la Fundación accionante, por medio de la cual se dio por terminado el contrato de arrendamiento No. NC 003 de 11 de enero de 2007, celebrado entre aquella (sic) y ésta, respecto del inmueble ubicado en el ala occidental del 4º piso, de la Clínica Manuel Elkin Patarroyo de esta ciudad.

**“SEGUNDO:** CONDENAR a la sociedad FIDUPREVISORA S.A., Liquidadora de la ESE Policarpa Salavarrieta, a pagar los daños y perjuicios materiales ocasionados a la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira. La cuantificación de los mismos se hará por vía incidental.

**“TERCERO:** NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

**“CUARTO:** A esta sentencia se le dará cumplimiento por parte de la entidad demandada de conformidad con lo establecido en los artículos 176 (sic) inciso final del artículo 177 del C.C.A.

**“QUINTO:** Para el cumplimiento del presente fallo, expídanse a las partes, por intermedio de su apoderada (sic), copias auténticas de las (sic) sentencias (sic), con constancia de ejecutoria, conforme a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 de C.C.A., 115 del C. de P.C. y 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995” (fls. 485 y 486, C. Consejo).

**1.- Antecedentes.-**

Mediante escrito radicado el 4 de diciembre de 2007 en el Tribunal Administrativo del Tolima, la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira, actuando por conducto de apoderado, formuló demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, contra la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación, representada por la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. –FIDUAGRARIA S.A.-, con el fin de que se declare: (i) que es nulo *“por inconstitucional e ilegal”* (fl. 85, C. 1), el acto administrativo contenido en la comunicación del 16 de agosto de 2007, suscrita por la apoderada especial de FIDUAGRARIA S.A. (liquidadora de la ESE Policarpa Salavarrieta – en liquidación), por medio del cual se da por terminado el contrato de arrendamiento NC-003 del 11 de enero de 2007, celebrado entre la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta y la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira, respecto del inmueble ubicado *“… en el ala occidental del 4º piso de la Clínica Manuel Elkin Patarroyo de Ibagué …”* (fl. 86, C. 1), (ii) que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta –en Liquidación-, representada por FIDUAGRARIA S.A.-, a pagar a la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira los perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante causados por la terminación del contrato de arrendamiento referido, (iii) que las condenas sean ajustadas conforme lo ordena el artículo 178 del C.C.A. y que se de cumplimiento a la sentencia en la forma dispuesta por el artículo 176 ibídem y (iv) que se condene a la demandada al pago de las costas del proceso ((fls. 85 y 86, C. 1).

En subsidio de las anteriores pretensiones, solicitó: (i) que se declare que la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta -en Liquidación-, representada por FIDUAGRARIA S.A., incumplió el precitado contrato de arrendamiento, (ii) que, en consecuencia, la demandada está obligada a pagar a la demandante los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) causados por la terminación del mencionado contrato de arrendamiento.

En subsidio de las pretensiones principales y subsidiarias, solicitó: (i) que se declare que la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta -en Liquidación-, representada por FIDUAGRARIA S.A., es responsable por la terminación unilateral y anticipada del mencionado contrato de arrendamiento celebrado entre la demandante y la demandada y (ii) que, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de la indemnización de los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, causados con la terminación del contrato.

En las pretensiones subsidiarias, reiteró la solicitud atinente a que la sentencia se cumpla y las condenas sean ajustadas conforme a lo dispuesto en los artículos 176 y 178 del C.C.A., respectivamente (fls. 87 y 88, C. 1).

**2.- Hechos.-**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

**2.1.-** El 11 de enero de 2007, fue celebrado entre la ESE Policarpa Salavarrieta (arrendador) y la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira (arrendatario) el contrato de arrendamiento NC 003, respecto del inmueble ubicado *“… en el ala occidental del 4º piso de la Clínica Manuel Elkin Patarroyo de Ibagué (Carrera 5ª. Calle 58 esquina), con una extensión de 756 Mts.2 y destinado exclusivamente a realizar procedimientos de hemodinamia, cirugía cardiovascular, intervencionismo cardiovascular y neurológico, rehabilitación cardiaca y las demás actividades inherentes a los mismos”* (fl. 89, C. 1).

**2.2.-** En la cláusula tercera del citado contrato se convino que el precio del arrendamiento sería el valor *“… que resulte de multiplicar un porcentaje equivalente al diez por ciento (10%) de la facturación mensual que haga la FUNDACION CARDIOVASCULAR DEL TOLIMA SEVERO ROCHA ALVIRA, a terceros, es decir, IPS,EPS,ARP,SOAT (sic) y ARS, diferentes al ARRENDADOR, exceptuando de manera específica los valores facturados por concepto de insumos y medicamentos …”* (ibídem), sin que en ningún caso pudiera ser inferior a $1’200.000.oo mensuales. Para el cálculo del precio del arrendamiento, el arrendatario debía enviar una relación mensual de la facturación al arrendador.

Para efectos fiscales, el precio del contrato fue estimado en $43’000.000.oo.

**2.3.-** El plazo del contrato fue pactado en tres (3) años, contados a partir de la suscripción del mismo.

**2.4.-** Las cláusulas octava y novena del contrato previeron lo relacionado con las reparaciones y adecuaciones locativas.

Fundamentalmente, se pactó que el arrendatario realizaría las reparaciones locativas y las necesarias por el hecho de él o de sus dependientes y que también se encargaría de realizar las adecuaciones locativas necesarias para cumplir los requisitos de habilitación del servicio. Respecto de estas últimas, el arrendatario renunció a reclamar las adecuaciones como mejoras y, por su parte, el arrendador se obligó a aceptar las mejoras autorizadas y a no exigir al arrendatario la devolución del inmueble en el estado anterior. Asimismo, pactaron que mientras se realizaban las adecuaciones para la prestación del servicio no se causaría valor por el arrendamiento.

El arrendatario realizó una cuantiosa inversión en las adecuaciones locativas, para lograr la habilitación del servicio, previendo que durante la ejecución del contrato se produciría el retorno de dichos dineros.

**2.5.-** En la cláusula decimoséptima, las partes convinieron que al contrato *“… le serían aplicables los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales previstas (sic) en la ley 80 de 1993 …”* (fl. 90, C. 1).

En la cláusula decimoctava, previeron que el arrendador podría declarar la caducidad del contrato, mediante resolución motivada.

**2.6.-** A la fecha de suscripción del contrato, el arrendador hizo entrega del inmueble al arrendatario, previa presentación de la garantía única de cumplimiento.

**2.7.-** En febrero de 2007 finalizaron las obras de adecuación de las instalaciones y el arrendatario comenzó a prestar los servicios. En abril de 2007, el arrendatario celebró con la misma ESE Policarpa Salavarrieta los contratos de prestación de servicios 272 y 328, los cuales tuvieron por objeto la atención, por parte de la Fundación, de pacientes remitidos de dicha entidad para hemodinamia, cirugía cardiovascular, intervencionismo cardiovascular y neurológico. Por su parte, la ESE Policarpa Salavarrieta se obligó a prestar apoyo diagnóstico, esterilización, apoyo químico -farmacéutico, lavandería, alimentación, hospitalización y manejo de residuos hospitalarios de los pacientes que fueran atendidos por la Fundación, *“… Es decir, que el vínculo jurídico surgido entre las partes a través del contrato de arrendamiento NC 003, (sic) se extendía a otra serie de derechos y obligaciones recíprocas que debían ejecutarse en el inmueble de este contrato y contenidas en los contratos 272 y 328, situación omitida irregularmente por la Entidad (sic) demandada …”* (fl. 91, C. 1).

**2.8.-** La prestación del servicio por parte de la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira fue exitosa, al punto que muy pronto comenzó a reportar una significativa facturación que se vio reflejada en el pago de importantes sumas por concepto de arrendamiento a favor de la ESE, todo gracias a que se celebraron algunos convenios para la prestación de servicios con otras entidades del sector salud.

**2.9.-** El Presidente de la República, mediante el decreto 2866 del 27 de julio de 2007, suprimió la ESE Policarpa Salavarrieta y, en consecuencia, a partir de ese momento comenzó el proceso de liquidación que debía concluir en un (1) año.

La liquidadora designada fue Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario –FIDUAGRARIA S.A.-.

**2.10.-** La apoderada especial de FIDUAGRARIA S.A., mediante comunicación del 16 de agosto de 2007, *“… decidió dar por terminado el contrato de arrendamiento No. NC 003 de (sic) 11 de enero de 2007, a partir del 21 de agosto de 2007 …”* (fl. 92, C. 1), aduciendo la facultad conferida por el artículo 22 del decreto 2111 de 2004. *“De igual modo, en el mismo acto se determina que la FUNDACION presente reclamación dentro del término de emplazamiento a los acreedores de la ESE POLICARPA SALAVARRIETA, hasta el día 19 de septiembre de 2007”* (ibídem)*.*

**2.11.-** La terminación unilateral del contrato de arrendamiento ha generado cuantiosos perjuicios a la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira, los cuales están representados en las *“… sumas de dinero que tuvo que sufragar por la reparación y adecuación del inmueble arrendado, por un valor aproximado de $170’556.045,oo; (sic) los costos de legalización de los contratos celebrados con la demandada, por valor de $13’297.536,oo; (sic) las facturas pendientes de pago por servicios prestados a la ESE POLICARPA SALAVARRIETA, por valor de $55’119.937,oo; (sic) las multas y sanciones contractuales por terminación anticipada de los contratos celebrados con Cardiotolima Ltda., y Juan Corral Higuera, para el alquiler de los equipos, por valor de $1.480’000.000,oo; (sic) así como el excedente proyectado hasta la fianalización del contrato, que supera ampliamente la suma de $4.000’000.000,oo”* (fls. 94 y 95, C. 1).

**3.- Normas violadas y concepto de violación.-**

**3.1.- “Violación del artículo 22 del Decreto 2211 de 2004, en concordancia con el numeral 14 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Violación del ordinal f) (sic) del artículo 5º y del artículo 6º del Decreto No. 2866 de 2007, en concordancia con lo previsto en los artículos 2º, 3º, 35º, 44, 46º, 47º y demás normas concordantes del Código Contencioso Administrativo”** (fl. 95, C. 1).

Sostuvo que el acto administrativo a través del cual se dispuso la terminación unilateral del contrato de arrendamiento NC 003 *“… violó de manera directa el … artículo 22 del decreto 2211 de 2006, toda vez que tanto el contrato de arrendamiento, como los contratos de prestación de servicios que celebraron las partes, (sic) eran indispensables y esenciales para la institución demandada, (sic) desde luego, (sic) que a través de los servicios que venía prestando la demandante, (sic) se brindaba atención médica y tratamiento especializado a un amplio sector de la población del Departamento del Tolima …”* (fl. 97, C. 1), de modo que no se trataba de un simple contrato *“… accesorio …”* e innecesario para la liquidación de la entidad (ibídem).

Para corroborar lo anterior, sostuvo la demandante que, al día siguiente de proferida la orden de supresión de la ESE Policarpa Salavarrieta, FIDUAGRARIA S.A. celebró un convenio con otra entidad para que operara la clínica Manuel Elkin Patarroyo, en la cual funcionaban las instalaciones de la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira, sin consultar los contratos que tenía celebrados la entidad antes de ser objeto de liquidación.

Añadió que la decisión de terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento fue adoptada a través de un acto administrativo que, como tal, debía ser expedido y notificado conforme al ordenamiento jurídico vigente, informando, además, qué recursos procedían contra el mismo; sin embargo, la liquidadora omitió expedir el acto de forma regular y con ello vulneró el derecho de defensa y contradicción de la demandante.

Por lo anterior, se desconocieron los artículos 6 del Decreto 2866 de 2007 y los artículos 2, 3, 35, 44, 46 y 47 del Código Contencioso Administrativo.

**3.2.- “Violación de los artículos 11 y 49 de la Constitución Política. Violación de lo preceptuado en el numeral 1º (sic) del artículo 14 de la ley 80 de 1993, en concordancia con lo previsto en el artículo 77 ibídem”** (fl. 99, C. 1).

En opinión de la demandante, el acto administrativo a través del cual la entidad liquidadora de la ESE Policarpa Salavarrieta dispuso la terminación unilateral del contrato de arrendamiento violó de forma directa los preceptos acabados de enunciar, por cuanto *“… hizo caso omiso de la prestación eficiente, oportuna y profesional de los servicios que venía prestando …”* (fl. 101, C. 1) la demandada; por consiguiente, contrario a la finalidad prevista en la ley 80 de 1993, la demandada contribuyó a que el servicio público que prestaba la Fundación se paralizara, en detrimento de los intereses de la población.

A lo anterior, agregó que la demandada no respetó el procedimiento previsto en la ley 80 de 1993, para el ejercicio de las cláusulas excepcionales al derecho común, pues no compensó o indemnizó los perjuicios causados al arrendatario por la terminación unilateral del contrato y no indicó cuáles eran los recursos procedentes contra la decisión.

**3.3.- Violación del artículo 83 de la Constitución Política y de los artículos 3º inciso 1 (sic), 4º numeral 8 y 5º numerales 1 y 3 de la ley 80 de 1993. Violación de los artículos 1603 y 1982 del Código Civil” (fl. 103, C.1).**

Aseguró la demandante que, con la expedición del acto administrativo que dispuso la terminación unilateral del contrato de arrendamiento, la demandada violó el principio tutelar de la buena fe, pues la Fundación confiaba en que los contratos celebrados con la ESE Policarpa Salavarrieta llegarían a feliz término, pero ello no solo no ocurrió, sino que, con la terminación unilateral del contrato, la demandada incumplió la obligación contemplada en el ordinal 3º del artículo 1982 del Código Civil y con ello se causaron perjuicios a la demandante que no fueron indemnizados.

**3.4.- “Violación de los Principios (sic) de Confianza (sic) Legítima (sic) y Debido (sic) Proceso (sic), consagrados en los (sic) artículos 29 de la Constitución”.**

En opinión de la demandante, la violación del principio de la confianza legítima constituye, a su vez, una violación del debido proceso, en la medida en que este derecho constitucional fundamental comprende la garantía de que las decisiones de la administración respeten las reglas establecidas por el marco jurídico vigente.

El principio de la confianza legítima fue vulnerado con la decisión de la liquidadora, porque terminó abruptamente el contrato de arrendamiento y frustró la posibilidad de que el arrendatario pudiera recuperar la inversión hecha en las adecuaciones y que pudiera percibir unos ingresos por la prestación del servicio en el inmueble arrendado (fls. 95 a 108, C. 1).

**4.- La actuación procesal.-**

Por auto del 7 de diciembre de 2007, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la providencia al representante legal de Fiduagraria S.A. y al agente del Ministerio Público, dispuso fijar en lista del negocio y reconoció personería al apoderado de la demandante (fl. 129, C. 1).

**4.1.- La contestación de la demanda.-**

Dentro del término de fijación en lista, la ESE Policarpa Salavarrieta -en Liquidación- contestó por conducto de apoderado la demanda, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, tanto principales como subsidiarias y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, negó tal connotación a algunos de los enunciados y pidió la prueba de los demás.

Como razones de la defensa adujo, en esencia, que la terminación del contrato de arrendamiento no se produjo en desarrollo de alguna de las potestades excepcionales consagradas en la ley 80 de 1993, sino que fue en cumplimiento de un deber legal y en ejercicio de las facultades especiales otorgadas al liquidador por los decretos 2866 de 2007 y 2211 de 2004, normas éstas aplicables por remisión expresa del decreto-ley 254 de 2000, modificado parcialmente por la ley 1105 de 2006 que ordenan al liquidador terminar los contratos vigentes de la entidad, siempre que no sean necesarios para la liquidación.

Aseguró que, en este caso, el contrato de arrendamiento suscrito con la Fundación Cardiovascular del Tolima tuvo que ser terminado porque: (i) una vez comienza el proceso de liquidación, la entidad no puede seguir cumpliendo su objeto social, (ii) no podía continuar un contrato de arrendamiento cuyo plazo estaba pactado a tres (3) años, cuando la entidad debía ser liquidada en un plazo de un (1) año, de modo que no podía subsistir un contrato por un plazo más allá de la existencia jurídica de la entidad liquidada (iii) como la entidad en liquidación no podía seguir desarrollando su objeto, la operación del servicio se debía dejar en manos de un tercero, (iv) el contrato de arrendamiento celebrado no era necesario para liquidar la entidad y por el contrario, impedía que se pudiera llevar a feliz término la liquidación y (v) la orden de liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta se constituía en un caso de fuerza mayor que impedía cumplir el contrato de arrendamiento.

Por otra parte, la demandada afirmó que la demandante no tenía derecho a cobrar las adecuaciones hechas al inmueble objeto de arrendamiento, pues en las cláusulas octava y novena del contrato quedó previsto que no cobraría las mejoras o las adecuaciones hechas para el desarrollo de su actividad.

Aseguró que la liquidadora respetó el debido proceso, al comunicar oportunamente la decisión de terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento; de hecho, el representante legal de la Fundación ejerció su derecho de defensa y contradicción (fls. 297 a 317, C. 1).

**5.- Los alegatos de primera instancia.-**

Mediante auto del 12 de mayo de 2010, el Tribunal corrió traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera concepto (fl. 398, C. 1).

**5.1.-** La parte demandada reiteró lo expuesto en la contestación, para solicitar que se desestimaran las pretensiones, por cuanto el contrato de arrendamiento no era necesario para liquidar la ESE Policarpa Salavarrieta y, además, porque el plazo del contrato excedía el término previsto para la liquidación de la entidad.

Añadió que la orden de liquidar la ESE no fue de la liquidadora, sino del Presidente de la República, en ejercicio de las facultades legales conferidas por la ley 489 de 1998, razón por la cual señaló que si la demandante estaba en desacuerdo con la orden de liquidación debió ejercer las acciones de constitucionalidad o de control del legalidad del acto que la dispuso.

Aseguró que, en este caso, está acreditada la excepción de contrato no cumplido que, según el demandado, fue propuesta de forma implícita en la contestación de la demanda, al tenor de lo dispuesto por el artículo 306 del C. de P.C., pues está acreditado que la Fundación Cardiovascular del Tolima incumplió las obligaciones de pagar la renta en los tiempos debidos.

Reiteró que la orden de liquidación de la entidad pública constituía una causal de fuerza mayor que justificaba la terminación del contrato de arrendamiento y cuestionó la prueba pericial aportada al proceso, la cual calificó de carente de *“… soportes documentales idóneos …”* (fl. 427, C. 1), para deducir de allí la causación de un perjuicio (fls. 399 a 428, C. 1).

**5.2.-** La parte demandante insistió en que el contrato de arrendamiento era esencial para la prestación de los servicios de salud de la población del Tolima y que la demandante se vio afectada patrimonialmente por la abrupta terminación del contrato.

Reiteró los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo atacado e hizo algunas precisiones en torno a la prueba recaudada en el proceso (fls. 429 a 439, C. 1)

**6.- La sentencia recurrida.-**

Mediante fallo del 26 de julio de 2010, el Tribunal Administrativo del Tolima puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de esta providencia.

El Tribunal destacó que, en su opinión, el problema jurídico radica en determinar si el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes demandante y demandada estaba regido por el Estatuto General de Contratación Pública o si, por el contrario, estaba gobernado exclusivamente por las normas del derecho privado, pues solo a partir de la resolución de tal premisa se podía analizar si el contrato de arrendamiento podía terminar por la aplicación de las cláusulas *“exorbitantes”* (fl. 455, C. Consejo) o si, por el contrario, debía terminar como resultado del cumplimiento de un deber legal derivado de la expedición de los decretos 2866 de 2007 y 2811 de 2004.

Precisó que el artículo 195 de la ley 100 de 1993 prevé que el régimen contractual de las empresas sociales del Estado es el propio del derecho privado, pero les otorga la facultad de utilizar, discrecionalmente, *“cláusulas exorbitantes”* (fl. 456, C. Consejo).

Añadió el Tribunal que el decreto 1750 de 2003 escindió del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Servicios de Salud y creó varias empresas sociales del Estado, entre ellas, la ESE Policarpa Salavarrieta, como entidades públicas del sector descentralizado del orden nacional, dotadas de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyo objeto era la prestación de los servicios de salud.

En dicha normatividad se reiteró que los contratos celebrados por las ESE creadas a través del citado decreto se regirían por las normas del derecho privado, sin perjuicio de la utilización de las cláusulas excepcionales al derecho común previstas en la ley 80 de 1993.

Posteriormente, analizó la normatividad concerniente a la supresión y liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta y algunas de las cláusulas del contrato de arrendamiento, especialmente aquellas atinentes al objeto y a la inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común de modificación, interpretación y terminación unilaterales y caducidad administrativa, para concluir que dicho contrato *“… se suscribió bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993, y en tales condiciones, su ejecución, terminación y liquidación ha debido también atender estrictamente a las cláusulas insertas en el contrato de arrendamiento, y a las disposiciones legales contenidas en el Estatuto de Contratación …”* (fl. 466, C. 1).

Afirmó que, en este caso, *“… si bien no era procedente la aplicación de las cláusulas excepcionales reguladas en la Ley 80/93, las partes de todas maneras previeron la manera de poner término a la relación negocial en virtud de lo dispuesto en el Parágrafo (sic) único de la cláusula sexta, al señalar que el ‘el contrato podía darse por terminado anticipadamente por acuerdo entre las partes’ …”* (fl. 468, C. 1) y, a continuación, señaló que *“… no se requiere de mayores disertaciones para concluir que indudablemente la decisión adoptada por la entidad demandada es contraria a los principios de la buena fe, la seguridad jurídica y la confianza legítima* *…”* (ibídem), por cuanto desconoció *“… groseramente el proceso administrativo que concluyó en un negocio jurídico (el contrato de arrendamiento), ya que (sic) argumentando su supresión y orden de liquidación como entidad prestadora del servicio de salud, no tuvo el menor inconveniente en ocupar abusivamente las dependencias que le había entregado en arrendamiento a la Fundación arrendataria hasta el día 11 de enero de 2010, impidiendo (sic) de consuno (sic) la efectiva prestación de los servicios contratados”* (ibídem).

Aseguró que la demandada desconoció la confianza legítima y los derechos adquiridos por la demandante con ocasión del contrato de arrendamiento que fue terminado abruptamente.

Por otra parte, precisó que, si bien el acto jurídico mediante el cual se suprimió y se ordenó iniciar el trámite de liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta prohibió iniciar nuevas actividades, no podía entenderse que la *“… liquidación (sic) del contrato de arrendamiento (…) implicara per se el ejercicio de actividades contrarias a la liquidación de la entidad, máxime cuando para ello se otorgó un plazo de un año, término bastante razonable, en el que habían podido evaluarse, discutirse y eventualmente conciliarse las obligaciones pactadas entre la Fundación demandante y la ESE hoy liquidada, esencialmente las relacionadas con las inversiones locativas realizadas en el inmueble arrendado, así como las proyecciones contables, económicas y financieras que se suponía debían ingresar en desarrollo del contrato”* (fl. 470, C. Consejo).

Asimismo, precisó que, a pesar de que el liquidador estaba facultado para suscribir convenios con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, llama la atención que al día siguiente de proferido el acto que ordenó la supresión y la liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta aquél celebrara un convenio con CAPRECOM para entregarle la operación de la clínica Manuel Elkin Patarroyo, incluyendo la parte que se hallaba arrendada a la Fundación Cardiovascular del Tolima, lo cual, en sentir del Tribunal, denota *“… la abierta ilegalidad y arbitrariedad de la medida, pues poco o nada importó al liquidador la preexistencia del contrato de arrendamiento, y los derechos y obligaciones que se derivaban del mismo para la entidad que se disponía liquidar”* (fl. 471, C. Consejo).

Señaló que el decreto 2211 de 2004, el cual fue invocado como fundamento de derecho por el liquidador para terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento es aplicable a las entidades financieras sujetas a la toma de posesión y liquidación forzosa, pero dicha potestad no es aplicable a la liquidación de empresas del sector salud.

En consecuencia, estimó que la decisión de terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento es nula.

Condenó a la demandada en abstracto a la indemnización de los perjuicios causados, pues los elementos de juicio aportados al proceso para acreditar tal aspecto no fueron suficientes para determinar la cuantía de los mismos (fls. 440 a 486, C. Consejo).

Uno de los Magistrados del Tribunal salvó su voto, por cuanto, en su opinión, la terminación del contrato de arrendamiento era inminente ante la supresión y liquidación de la entidad arrendadora; al respecto, halló justificados los argumentos expuestos por la parte demandada, en el sentido de que el contrato de arrendamiento no podía subsistir por un plazo superior al del trámite de liquidación y dentro del proceso está acreditado que el demandante no formuló reclamación alguna a la arrendadora por la terminación del contrato (fls. 487 y 488, C. Consejo).

**7.- El recurso de apelación.-**

Inconforme con la decisión del Tribunal, la parte demandada interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico (fls. 491 a 525, C. Consejo), con el fin de lograr la revocatoria de la sentencia recurrida y, que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda. El recurso fue admitido por esta Corporación, mediante auto del 10 de junio de 2011 (fl. 552, C. Consejo).

En sentir del recurrente, el fallo de primera instancia se equivocó al señalar que el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes estaba gobernado por el Estatuto de Contratación Pública.

Lo anterior, pese a que el mismo Tribunal citó las normas especiales que señalan que los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado están excluidos de la aplicación del Estatuto de Contratación Pública, posición que ha sido aceptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En opinión de la apelante, el Tribunal confundió el régimen jurídico, por el hecho de que el contrato de arrendamiento incluyera cláusulas excepcionales al derecho común; pero, tal situación no puede mutar la disciplina normativa del contrato, aseguró.

Por otra parte, precisó que el fallo de primera instancia incurrió en un desatino al señalar que el decreto 2211 de 2004 solo era aplicable a los procesos de toma de posesión de bienes y liquidación forzosa administrativa de las entidades del sector financiero y no a los trámites de liquidación de entidades del sector salud. La afirmación del Tribunal desconoce la expresa remisión normativa prevista en el decreto-ley 254 de 2000 y en la ley 1105 de 2006.

Asimismo, cuestionó que el Tribunal sobrevaloró la cláusula de terminación bilateral y anticipada del contrato de arrendamiento, al señalar que la relación negocial sólo podía terminar de esa forma; no obstante, guardó silencio sobre el imperativo legal que señala que el liquidador debía vender los activos de la entidad liquidada y que, mientras se efectuaba la venta, con el fin de asegurar la continuidad del servicio debía celebrar un contrato de administración u operación con una entidad especializada del orden nacional (artículo 10 del decreto 2866 de 2007).

Aseguró que la sentencia de primera instancia no se pronunció respecto de los medios de defensa invocados por la demandada, que enunció como *“cumplimiento de (sic) deber legal (…) y fuerza mayor”,* causales que impedían mantener vigente el contrato de arrendamiento.

Añadió que el Tribunal se equivocó al afirmar que el contrato de arrendamiento podía continuar, porque su ejecución no implicaba *“… per se el ejercicio de actividades contrarias a la liquidación de la entidad …”* (fl. 520, C. Consejo ). En sentir de la apelante, el fallo de primera instancia desconoció que no podía subsistir el contrato de arrendamiento luego de fenecida la liquidación de la entidad y que permitir que éste permaneciera vigente implicaba *“… perpetuar en el tiempo situaciones de hecho prohibidas por la ley …”* (fl. 521, C. Consejo).

Lo anterior condujo a que el Tribunal confundiera el objeto propio del contrato de arrendamiento y le diera un tratamiento similar al contrato de prestación de servicios de salud, para concluir que se debió seguir ejecutando para garantizar la prestación del servicio de los pacientes.

Acusó el fallo de primera instancia de ser incongruente, por cuanto no se pronunció sobre las excepciones propuestas por la demandada (fls. 491 a 525, C. Consejo).

**8.- El traslado para alegar en segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-**

Por auto del 29 de julio de 2011 se corrió traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto (fl. 554 C. Consejo).

**8.1.-** La Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira defendió las consideraciones plasmadas en la sentencia recurrida, en cuanto al régimen del contrato de arrendamiento y su finalidad, la ilegalidad de la terminación efectuada a luz de una norma que no es aplicable a la liquidación de entidades del sector salud y la violación de los principios de la buena fe y la confianza legítima con el actuar de la demandada.

**8.2.-** La ESE Policarpa Salavarrieta -en Liquidación- presentó su alegato de forma extemporánea (fls. 572 a 574, C. Consejo).

**8.3.-** La Procuradora Cuarta Delegada ante esta Corporación solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, porque, en su opinión, el liquidador carecía de facultad de disponer la terminación unilateral del contrato, en la medida en que la norma invocada como sustento de esa facultad era aplicable únicamente a la liquidación de entidades del sector financiero (fls. 572 a 577, C. Consejo).

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia.-**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 26 de julio de 2010, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada por el demandante en $5.000’000.000.oo[[1]](#footnote-1).

Para la época de interposición del recurso de apelación[[2]](#footnote-2), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de interposición de la demanda, tal como lo contemplaba el artículo 132 (numeral 5) del C.C.A. (subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de1998)[[3]](#footnote-3), en armonía con el artículo 164 de esta última ley[[4]](#footnote-4).

La demanda fue interpuesta el 4 de diciembre de 2007 y, para esa época, 500 salarios mínimos legales mensuales equivalían a $216’850.000.oo[[5]](#footnote-5), de manera que la cuantía del proceso superaba la requerida por el ordenamiento jurídico para acceder a la segunda instancia en esta Corporación.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

**II.- Validez de la prueba recaudada.-**

Previo a decidir de fondo el recurso de apelación, resulta necesario precisar que alguna parte de la prueba documental que milita en el proceso se halla en copia simple y esa circunstancia, en principio, impediría otorgarle mérito probatorio, porque no satisface las exigencias que rigen la materia, conforme a lo dispuesto por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil; no obstante, en esta oportunidad la Sala la valorará y, por ende, la tendrá en cuenta para elaborar los juicios de valor encaminados a decidir la controversia sometida a su consideración, pues la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de agosto de 2013 (exp. 25.022), unificó su jurisprudencia en torno al tema y estimó procedente dar valor probatorio a las copias simples, cuando éstas no hayan sido cuestionadas en su veracidad por la parte contra quien se aducen o no hayan sido tachadas de falsas[[6]](#footnote-6).

**III.- Oportunidad de la acción.-**

Las pretensiones principales de la demanda están orientadas a obtener la declaración de nulidad del acto por medio del cual la liquidadora de la ESE Policarpa Salavarrieta terminó unilateralmente el contrato de arrendamiento celebrado con la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira; en consecuencia, se solicita en el libelo que se condene a pagar los perjuicios materiales causados (daño emergente y lucro cesante), por la terminación del contrato, supuesto éste que se enmarca dentro de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del C.C.A. (subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), cuyo término de caducidad es de dos (2) años.

Como se verá más adelante, el contrato de arrendamiento celebrado se hallaba excluido de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública, razón por la cual el término caducidad se debe comenzar a contar a partir del día siguiente al hecho que dio origen a la acción, es decir, de la terminación del contrato, tal como lo establece el artículo 136, numeral 10 del C.C.A.

El contrato, según la comunicación del 16 de agosto de 2007, terminaba el 21 de los mismos mes y año (ver comunicación, fls. 4 y 5, C. 1) y la demanda fue presentada el 14 de diciembre de 2007, lo que refleja que la acción fue promovida dentro del término de caducidad.

**IV.- Análisis del recurso.-**

**1.- La falta de resolución de las excepciones propuestas.-**

El apelante cuestiona la sentencia del Tribunal, porque, en su opinión, éste no resolvió los medios exceptivos propuestos en la contestación de la demanda y no se pronunció en relación con la excepción de contrato no cumplido aducida en los alegatos de conclusión.

A folio 315 del cuaderno 1 se observa que lo único que dice la contestación de la demanda respecto de las excepciones es: *“Ruego al despacho se declaren probadas las excepciones que llegaren a demostrarse durante (sic) el plenario y en general cualquier hecho que permita despachar desfavorablemente las pretensiones del actor”* (fl. 315, C. 1).

En estricto sentido técnico, el enunciado transcrito no es un medio exceptivo, sino la recapitulación de la obligación legal que prevén los artículos 305 y 306 del C. de P.C. y 164 del C.C.A. de declarar probadas, de oficio, las excepciones que aparezcan acreditadas en el proceso y de tener en cuenta los hechos que modifiquen o extingan el derecho sustancial sobre el cual versa el litigio, que haya ocurrido después de haberse promovido la demanda, que aparezca probado y que haya sido alegado, a más tardar, antes de que entre el expediente al despacho para proferir sentencia, sin perjuicio de que la ley permita considerarlo de oficio.

Tales enunciados normativos concretan el objeto de los procedimientos, que no son otros que asegurar la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y por las leyes sustanciales y la preservación del orden jurídico (artículo 4 del C. de P. C.); pero, ello no significa que el demandado se encuentre completamente exonerado del deber o de la carga procesal de plantear las razones de la defensa y los medios exceptivos que, en su sentir, se encuentren configurados, para atribuirle por completo dicha labor al juez y exigirle, además, que construya los supuestos que informan medios exceptivos que ni siquiera en la contestación de la demanda formuló la parte interesada.

Sencillamente, si el juez, de oficio, no declaró la existencia de medio exceptivo alguno fue porque no lo halló suficientemente probado y si el demandado, por el contrario, consideraba que se estructuraba alguna excepción que extinguiera, modificara o dilatara las pretensiones de la demanda debió manifestarlo en la oportunidad que el ordenamiento jurídico le otorgaba para ello, es decir, en la contestación de la demanda.

No obstante, si en esta instancia se encuentra configurado algún medio exceptivo así lo declarará la Sala, tal como lo ordena el inciso final del artículo 164 del C.C.A.

**2.- El régimen jurídico del contrato celebrado.-**

Está probado en el proceso que el 11 de enero de 2007 fue celebrado el contrato de arrendamiento NC 003 entre la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta (arrendadora) y la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira, cuyo objeto quedó plasmado en la cláusula primera, así:

“La **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA** entrega en calidad de arrendamiento al ARRENDATARIO un área dentro de las instalaciones de la **CLINICA MANUEL ELKIN PATARROYO,** la cual se encuentra ubicada en la Cra. (sic) 5ª Calle (sic) 58 Esquina (sic), de la Ciudad (sic) de Ibagué. El área entregada en arrendamiento, (sic) corresponde al ala occidental del 4º piso, una extensión aproximada de 756 Mts.2” (fl. 12, C. 1).

Las partes pactaron que el inmueble arrendado sería destinado a realizar procedimientos de hemodinamia, cirugía cardiovascular, intervencionismo cardiovascular y neurológico, rehabilitación cardiaca y demás actividades inherentes a dichas actividades y al objeto social del arrendatario (cláusula segunda, destino del inmueble, ibídem).

El valor del arrendamiento fue pactado en el que resultara de aplicar un porcentaje equivalente al diez por ciento (10%) de la *“… facturación mensual que haga la* ***FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DEL TOLIMA SEVERO ROCHA ALVIRA,*** *a terceros, es decir, IPS, EPS, ARP, SOAT y ARS, diferentes al**ARRENDADOR, exceptuando de manera específica los valores facturados por concepto de insumos y medicamentos …”*, sin que tal resultado pudiera ser inferior a $1’200.000.oo (cláusula tercera, valor, fl. 13, C. 1).

En el parágrafo tercero de la mencionada cláusula tercera, las partes acordaron que *“… Cuando se trate de servicios prestados al ARRENDADOR el porcentaje a tener en cuenta para establecer el canon de arrendamiento será del 20%, sobre la tarifa ISS 2004, o la vigente al momento de la prestación del servicio o de la suscripción del respectivo contrato. El descuento que se otorgue será solamente por concepto de servicios y no se aplica a insumos o medicamentos”* (fl. 13, C. 1)

El arrendatario debía pagar el valor mínimo del arrendamiento, es decir, $1’200.000.oo, dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes y el valor que excediera por concepto de facturación sería pagado dentro de los *“… cinco (5) primeros días siguientes a la fecha en que hayan cancelado las facturas que generen el porcentaje pactado correspondiente al respectivo mes”* (cláusula quinta, forma de pago, fl. 13, C. 1).

En las cláusulas decimoséptima y decimoctava las partes pactaron las cláusulas extrañas al derecho común de interpretación, modificación y terminación unilaterales y de caducidad (fl. 14, C. 1).

Ahora, para establecer el régimen jurídico del contrato, es necesario precisar la naturaleza jurídica de la arrendadora.

Mediante el decreto-ley 1750 del 26 de junio de 2003, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 16 de la ley 790 de 2002, escindió del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatoria y creó siete (7) nuevas entidades, entre ellas, la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, como una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la Protección Social (artículo 2 del citado decreto-ley 1750).

Para el cumplimiento de sus funciones, la clínica Manuel Elkin Patarroyo Murillo pasó a ser de propiedad de la ESE Policarpa Salavarrieta (artículo 20 ibídem y numeral 5, artículo 22 ibídem).

El artículo 14 del citado decreto-ley 1750 previó expresamente que los actos de las empresas sociales del Estado creadas a través de dicha normatividad estarían sujetos al régimen jurídico propio de las personas de derecho público, sin perjuicio de las excepciones consagradas en otras disposiciones legales; no obstante, señaló expresamente que el régimen contractual para dichas empresas sería el establecido por las normas del derecho privado, pero podrían utilizar, discrecionalmente, las cláusulas *“exorbitantes”* previstas en el Estatuto de Contratación Pública.

La anterior disposición es concordante con el artículo 195 (numeral 6) de la ley 100 de 1993, norma que consagra que las empresas sociales del Estado se regirán, en materia contractual, por el derecho privado, sin perjuicio de que puedan incluir discrecionalmente en sus contratos cláusulas excepcionales al derecho común.

Lo expuesto significa que los contratos que celebran las empresas sociales del Estado tienen la naturaleza de contratos estatales, pero se rigen por las normas propias del derecho privado, de manera que están excluidos de la aplicación del régimen del Estatuto General de Contratación Pública, salvo en lo relacionado con las cláusulas excepcionales al derecho común, las cuales, sin duda, se rigen por dicho estatuto, por ser allí donde se encuentran reguladas.

Debe recordarse que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 consagró un criterio subjetivo para identificar los contratos estatales, en la medida en que previó que tienen tal naturaleza aquellos celebrados por las entidades estatales, al margen de que en su formación o en lo sustancial estén excluidos de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública, de modo que en nuestro ordenamiento existen contratos estatales que se rigen por ese Estatuto y otros que están excluidos de la aplicación del mismo, exclusión que en algunos casos obedece a un criterio material (por la naturaleza del contrato o por la actividad que desarrolla la entidad con su celebración) y en otros casos a un criterio subjetivo (por la categoría de la entidad que celebra el contrato), bien sea que la exclusión esté prevista en el mismo estatuto (por ejemplo, el supuesto contemplado en el parágrafo 1º del numeral 5 del artículo 32 de la ley 80 de 1993) o por normas especiales, como es el caso de, entre otras entidades, las empresas sociales del Estado (artículo 195, numeral 6, de la ley 100 de 1993).

Ahora, resulta importante precisar que el hecho de que el legislador haya autorizado a las empresas sociales del Estado para que incluyan discrecionalmente en sus contratos cláusulas extrañas al derecho común no significa que su inclusión altere el régimen del contrato. En caso de que decida incluirlas, sólo se aplicará el Estatuto de Contratación en lo relacionado con las mencionadas prerrogativas, pero en su formación y en los demás aspectos sustanciales seguirá rigiéndose por el derecho privado.

La exclusión del régimen del Estatuto General de Contratación Pública tiene como finalidad que las Empresas Sociales del Estado puedan prestar el servicio público a su cargo de forma adecuada, con la celeridad, la agilidad, la eficiencia y la eficacia que su actividad demanda, con miras a garantizar la atención efectiva a todos los habitantes del territorio nacional, evitando así que se presenten parálisis o demoras que alteren su normal funcionamiento, por la tardía provisión de insumos o suministro de medicamentos o la tardía contratación de servicios necesarios para cumplir su objeto, lo cual seguramente sucedería con mucha frecuencia si se le sometiera a los procedimientos ordinarios de contratación previstos en el Estatuto de Contratación Pública.

No obstante, es necesario precisar que, aunque su contratación, por regla general, está excluida de la aplicación del régimen público, en su actividad contractual deben respetar y acatar los principios constitucionales, especialmente los que informan la función administrativa (artículo 209 de la Constitución).

La exclusión del régimen de contratación pública proviene de la misma ley y no podrían las partes alterar completamente el régimen contractual con la sola inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común.

Entender lo contrario implicaría que la inclusión de las cláusulas extrañas al derecho común mutaría el régimen de formación del contrato y conllevaría la posibilidad de que la administración ejerciera algunas prerrogativas, distintas de las cláusulas excepcionales al derecho común, propias de la contratación gobernada por el citado estatuto, en abierta infracción del principio constitucional de legalidad que informa la actividad contractual del Estado.

En suma, el contrato de arrendamiento en torno al cual gira la controversia se regía por el derecho privado, salvo en lo relacionado con las cláusulas de interpretación, modificación y terminación y unilaterales y de caducidad administrativa, excepcionales al derecho común, respecto de las cuales se debían aplicar las normas pertinentes de la ley 80 de 1993 y cuya finalidad no era otra que evitar la paralización o la afectación del servicio público y asegurar la continua y adecuada prestación del mismo.

En ese sentido, la Sala no comparte la opinión del Tribunal de primera instancia en relación con el régimen jurídico que gobernaba el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes en litigio y tampoco comparte la apreciación del a quo según la cual el problema jurídico giraba en torno a la determinación del régimen sustancial del mismo, pues la precisión a ese respecto no tiene relevancia en relación con la decisión que se deba tomar, ya que, como se verá después, la terminación del contrato no fue el resultado del ejercicio de alguna de las cláusulas excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, de modo que en nada afecta que el contrato estuviera regido por el Estatuto General de Contratación Pública o por las normas del derecho privado.

**3.- La liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta y la terminación del contrato de arrendamiento.-**

Mediante el decreto 2866 del 27 de julio de 2007, el Presidente de la República suprimió la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta y, por consiguiente, ordenó que, a la entrada en vigencia del citado decreto, comenzara el proceso de liquidación, el cual debía realizarse, en principio, en el término de un (1) año (artículo 1º). Para adelantar la liquidación, fue designada la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. –FIDUAGRARIA S.A.- (artículo 4 del decreto 2866 de 2007).

A partir de ese momento, pasó a denominarse *“Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación”* (ibídem) y, como efecto natural de la liquidación, se le prohibió el inicio de nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, de modo que, como sucede en estos casos, la entidad en liquidación conservó su capacidad jurídica, pero únicamente para realizar actos y operaciones y celebrar los contratos necesarios para su pronta liquidación.

No obstante, por tratarse de una entidad prestadora de servicios de salud, debía adelantar prioritariamente las acciones que permitieran garantizar la terminación de los procesos de atención de pacientes hospitalizados o el traslado de los mismos, en condiciones de seguridad, hacia las instituciones prestadoras de servicios de salud que determinara o el Instituto de Seguros Sociales o, las entidades administradoras de planes de beneficios a las cuales estuvieran afiliados los pacientes o las direcciones territoriales de salud, según el caso; no obstante, el mismo decreto autorizó al liquidador para que celebrara contratos de administración u operación, con miras a garantizar tal cometido.

El proceso de liquidación, como es natural, implicaba la enajenación de los activos de la entidad, de manera que era función del liquidador realizar el inventario de, entre otras cosas, los bienes inmuebles de aquélla y efectuar la relación de los que su tenencia se encontrara en manos de un tercero, indicando el nombre del titular, la naturaleza del contrato y la fecha de vencimiento, según lo consagraban los artículos 7 y 8 del decreto 2866 de 2007[[7]](#footnote-7); además, de forma concomitante debía realizar el avalúo, para proceder así a la venta de los bienes, tal como establecía el artículo 10 del mismo decreto[[8]](#footnote-8).

Pero, en relación con los activos de las unidades hospitalarias Manuel Elkin Patarroyo (Ibagué – Tolima) y Carlos Hugo Estrada (Villavicencio – Meta), la enajenación debía realizarse en condiciones que garantizaran la continuidad de la prestación del servicio, de modo que los potenciales compradores debían acreditar que contaban con recursos para asegurar la adecuada dotación de equipos y el mantenimiento de la infraestructura.

No obstante, el Gobierno Nacional ordenó que mientras se lograban vender las mencionadas clínicas:

“… con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de salud, de conformidad con lo consagrado en el artículo 489 de la Constitución Política, el Liquidador (sic) deberá celebrar de manera inmediata con una entidad pública nacional especializada del sector, un contrato de administración u operación el cual se mantendrá vigente hasta tanto se efectúe su enajenación” (subrayas fuera del texto).

La orden era precisa: el liquidador debía encargar de forma inmediata la administración u operación de la clínica Manuel Elkin Patarroyo a una entidad pública del orden nacional especializada en el sector salud. En cumplimiento de dicha orden, FIDUAGRARIA S.A. celebró un convenio interadministrativo con la IPS CAPRECOM, para que esta última, a partir del 28 de julio de 2007, asumiera la administración y la operación de la precitada unidad hospitalaria (ver copia del convenio interadministrativo del 28 de julio de 2007, fls. 75 a 79, C. pruebas 1).

Mediante comunicación del 16 de agosto de 2007, Fiduagraria S.A. informó a la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira (ver comunicación, fls. 4 y 5, C. 1) que, como consecuencia de la supresión y liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta y de la celebración del convenio interadministrativo con la IPS CAPRECOM para la administración y operación de, entre otras unidades hospitalarias, la Clínica Manuel Elkin Patarroyo, resultaba imposible continuar la ejecución del contrato de arrendamiento NC 003 del 11 de enero de 2007 y que, por consiguiente, éste se daba por terminado a partir del 21 de agosto de 2007. Lo anterior, según lo señaló en la comunicación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 10 del decreto 2866 de 2007[[9]](#footnote-9) y 22 del decreto 2211 de 2004.

En opinión del apelante, el Tribunal de primera instancia se equivocó al señalar que el liquidador no podía terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento al amparo de la facultad prevista en el artículo 22 del mencionado decreto 2211 de 2004, ***“Por medio del cual se determina el procedimiento aplicable a las entidades financieras sujetas a toma de posesión y liquidación forzosa administrativa”***, pues de esta manera desconoció la remisión expresa que, a dicha norma, hacen el decreto-ley 254 de 2000 y la ley 1105 de 2006.

El decreto 2211 en cita dice:

**“Artículo 22**. *Terminación de contratos.* En desarrollo de la facultad prevista en el numeral 14 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero[[10]](#footnote-10), desde el inicio del proceso liquidatorio el Liquidador podrá poner fin unilateralmente a los contratos de cualquier índole existentes al momento de la adopción de la medida que no sean necesarios para la liquidación de la institución financiera intervenida.

**“Parágrafo.** De conformidad con lo establecido en los literales f) del artículo 116 y e) del artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificados respectivamente por los artículos 22 y 23 de la Ley 510 de 1999, en el proceso de toma de posesión y liquidación, los derechos laborales de los trabajadores gozan de la correspondiente protección legal y la nómina continuará pagándose normalmente, en la medida en que los recursos de la entidad lo permitan”.

La disposición transcrita hace parte de la norma reglamentaria que establece el procedimiento de la toma de posesión de bienes y la liquidación forzosa administrativa de entidades financieras, al cual se debe acudir frente a los vacíos que presente el régimen para la liquidación de entidades públicas del orden nacional. Así lo dispone el artículo 1º del decreto-ley 254 de 2000:

“ARTICULO 1o. AMBITO DE APLICACION. Modificado por el artículo [1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1105_2006.html#1) de la Ley 1105 de 2006. La presente ley se aplica a las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución. La liquidación de las Sociedades Públicas, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y las Empresas Sociales del Estado, se sujetarán a esta ley.

Los vacíos del presente régimen de liquidación se llenarán con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan.

“Aquellas que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, una vez decretada su supresión o disolución realizarán su liquidación con sujeción a dichas normas.

“PARÁGRAFO 1o. Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan suprimir o disolver y liquidar una entidad pública de dicho nivel, se regirán por las disposiciones de esta ley, adaptando su procedimiento a la organización y condiciones de cada una de ellas, de ser necesario, en el acto que ordene la liquidación.

“PARÁGRAFO 2o. Las entidades de orden territorial que se encuentren en proceso de liquidación a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, podrán acogerse en lo pertinente a lo dispuesto en la presente ley” (subraya fuera del texto original).

Para la Sala no es de recibo el planteamiento del apelante, pues el artículo 1º del decreto-ley 254 de 2000 (régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional) no contempla una remisión general a las disposiciones del decreto reglamentario 2211 de 2004 (procedimiento aplicable a la toma de posesión y liquidación forzosa administrativa de entidades financieras), sino que establece un mecanismo para llenar los vacíos o resolver “*lagunas”* que presentaran las disposiciones del primero de los ordenamientos.

En efecto, cuando el artículo 1 del decreto-ley 254 de 2000 señala que *“… los vacíos del presente régimen de liquidación se llenarán con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan …”,* quiso decir que si se presentaba una laguna jurídica en las disposiciones del régimen de liquidación de las entidades públicas como consecuencia de la falta de plenitud del ordenamiento jurídico por deficiencia[[11]](#footnote-11), es decir, porque el ordenamiento es incompleto, dicha laguna se debía llenar con las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de modo que los mandatos de este último suplen las deficiencias de aquel régimen.

Pero, una cosa es llenar un vacío normativo y otra bien distinta es arrogar una competencia material con base en disposiciones de otro ordenamiento jurídico, a pesar de que en las normas principales (decreto-ley 254 de 2000 y decreto 2866 de 2007) estaban contempladas expresamente las facultades del liquidador.

El vacío o laguna normativa (laguna propia) supone la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo para resolver determinadas situaciones jurídicas, por lo cual se debe acudir al mismo o a otro ordenamiento o a alguna pauta axiológica, como la doctrina constitucional, la equidad o los principios generales del derecho, para colmar la situación que se presenta y ello en virtud del principio de la plenitud hermética del orden jurídico (artículo 8 de la ley 153 de 1887). En este caso, el mismo decreto-ley 254 de 2000 contempló el mecanismo de la heterointegración[[12]](#footnote-12), esto es, recurrir a otro ordenamiento para suplir el vacío, como solución principal ante tal falencia.

Resulta evidente que el citado decreto-ley 254 de 2000 tenía previsto un instrumento de integración para hallar soluciones a situaciones específicas que se presentaran en desarrollo del proceso de liquidación de las entidades públicas y cuyo supuesto no encontrara definición a la luz de las normas del decreto-ley 254 de 2000; pero, la ausencia de competencias para terminar unilateralmente los contratos que tuviera vigentes la entidad en liquidación no puede entenderse como un supuesto de vacío o laguna normativa que permitiera echar mano del ordenamiento supletorio (decreto 2211 de 2004) para arrogarse una facultad que no se hallaba prevista en el régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional.

Existe una diferencia fundamental entre lo que significa llenar un vacío normativo para solucionar una situación jurídica determinada y lo que supone incorporar al ordenamiento una facultad que no está prevista. En el primer caso, se trata de colmar una situación que se presenta y que no tiene solución a la luz de las disposiciones normativas, por lo cual hay que acudir a las herramientas dispuestas para llenar las lagunas, mientras que en el segundo caso no existe una situación que genere conflicto, sino que se trata de una facultad que, sencillamente, no está contemplada por el ordenamiento jurídico, por lo que está excluida.

En este caso, la competencia material para que el liquidador de la ESE Policarpa Salavarrieta terminara unilateralmente los contratos que tenía vigentes la entidad liquidada al momento de su supresión y liquidación y que no fueran necesarios para el desarrollo del proceso no estaba contemplada por el decreto 2866 de 2007, *“Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta y se ordena su liquidación”,* ni por el decreto-ley 254 de 2000, *“Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional”*, por lo cual no se presentaba un vacío legal, sino un supuesto de falta de competencia.

En efecto, la competencia, en términos generales, es el conjunto de atribuciones que le otorga el ordenamiento jurídico a cada órgano o funcionario para el cumplimiento de las funciones encomendadas por la Constitución, la ley o el reglamento, teniendo en cuenta la materia, el grado de la organización, el territorio y el espacio temporal.

La competencia funge como límite a las atribuciones del servidor público o del órgano administrativo, para evitar que la autoridad incurra en actos de arbitrariedad, en la medida en que le fija el marco dentro del cual puede actuar válidamente, acorde con los factores que se enunciaron en el párrafo anterior (artículos 6, 121 y 123 de la Constitución), de modo que, si actúa por fuera de esos límites, bien sea por omisión o extralimitación, compromete su responsabilidad y la del órgano o la entidad respectiva.

Las competencias del liquidador de las entidades públicas del orden nacional estaban dadas, para el ejercicio de la función administrativa encomendada, por los artículos 4[[13]](#footnote-13) y 6[[14]](#footnote-14) del decreto-ley 254 de 2000 y, particularmente, por el artículo 5[[15]](#footnote-15) del decreto 2866 de 2007 y en ninguna de dichas disposiciones se hallaba contemplada la facultad del liquidador de terminar unilateralmente los contratos que tuviera vigentes la entidad en liquidación al momento de ordenar su supresión.

En ese sentido, no era que existiera un vacío normativo que permitiera acudir al ordenamiento supletorio para resolver una situación jurídica determinada, sino que la facultad no estaba contemplada y no se podía deducir de las competencias otorgadas, lo cual significa que el liquidador carecía de esa atribución y no era válido que se complementaran dichas facultades con las contempladas en el ordenamiento supletorio.

Ahora, no desconoce la Sala que en el ordenamiento civil o comercial estén previstas algunas causales que permitan dar por terminado el contrato de arrendamiento frente a situaciones extraordinarias que hagan necesario obtener la restitución de la tenencia; pero, ninguna de ellas fue aducida por la liquidadora para disponer la terminación del contrato y, por ello, no se puede entrar a hacer ninguna consideración al respecto.

Cabe anotar, en todo caso, que el hecho de que estuviera prevista alguna causal para obtener la restitución de la tenencia no relevaba a la demandada de indemnizar los perjuicios causados por la terminación anticipada del contrato, pues el perjuicio se concreta, precisamente, por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del arrendador, específicamente por la terminación del contrato de arrendamiento antes del plazo pactado, por causa imputable al arrendador.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia, en cuanto declaró nula la comunicación del 16 de agosto de 2007, emitida por Fiduagraria S.A., a través de la cual se dio por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento celebrado con la Fundación Cardiovascular del Tolima Severo Rocha Alvira (ver comunicación, fls. 4 y 5, C. 1) a partir del 21 de agosto de 2007.

Así, pues, como el acto administrativo que terminó unilateralmente el contrato es nulo desde su expedición, debe entenderse que el contrato debió continuar su ejecución; no obstante, como terminó de manera anticipada por la exclusiva voluntad de la entidad arrendadora, éste se halla obligada a indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante como consecuencia del incumplimiento.

Es de anotar que, contrario a lo aducido por la apelante, la orden de supresión y liquidación de la entidad pública no se constituía en causal de terminación del arrendamiento, pues el ordenamiento jurídico no la contemplaba como tal; pero, si así fuera, tal circunstancia no impedía que el arrendatario solicitara la indemnización de los perjuicios causados por la terminación anticipada del contrato, en abierta infracción del artículo 1602 del Código Civil, al impedirle el uso del bien por el plazo pactado.

En efecto, el incumplimiento se produce cuando el comportamiento del obligado no se ajusta a lo debido o a lo que implica la obligación a su cargo[[16]](#footnote-16). Dicho de otra manera, el incumplimiento es el comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento[[17]](#footnote-17), bien sea por falta de ejecución, ejecución inexacta (defectuosa) o ejecución tardía de la prestación (art. 1613 del C.C.), todo lo cual supone un obrar contrario a derecho por la trasgresión de las obligaciones pactadas en el contrato válido, el cual constituye ley para las partes (art. 1602 del C.C.).

Así, la estructuración de la responsabilidad por incumplimiento contractual requiere la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la existencia de un contrato válidamente celebrado, (ii) la preexistencia de una o varias obligaciones originadas en el contrato que son desconocidas por el deudor, (iii) el comportamiento antijurídico de la parte a quien se atribuye el incumplimiento que, en el plano contractual, se traduce en la infracción de las cláusulas contractuales, por acción o por omisión, y que se concreta en la falta de cumplimiento de la prestación debida, en la forma y tiempo establecidos y (iv) un daño que tenga relación causal entre el comportamiento antijurídico del deudor y la prestación insatisfecha.

La fuerza vinculante del contrato, como acto jurídico creador de obligaciones, se halla consagrada en los artículos 1602 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, preceptos de los cuales emergen, por una parte, el deber de cumplimiento de buena fe y en la forma y tiempo debidos y, por otra parte, la imposibilidad de aniquilarlo por acto unilateral, salvo que el mismo ordenamiento jurídico lo autorice.

Desde luego, cuando se produce la ruptura del vínculo contractual de forma anticipada, por la conducta de uno de los contratantes, la parte que dio lugar a la terminación está obligada a indemnizar a la otra los perjuicios causados con su actuar, pues, sin duda, tal supuesto es constitutivo de incumplimiento, dentro de la noción antes expuesta.

El apelante sostuvo que, en este caso, se configura la causa extraña conocida como fuerza mayor, que impide la estructuración del fenómeno de la responsabilidad, por la ruptura de la relación causal entre el hecho imputable al contratante y el daño. En su sentir, la fuerza mayor se configura porque fue la expedición del decreto 2866 del 27 de julio de 2007 lo que determinó que, inexorablemente, terminara el contrato de arrendamiento.

En la legislación colombiana, la fuerza mayor o caso fortuito está definido por el artículo 1º de la ley 95 de 1890, que dice:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a (sic) que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público” (subraya fuera del texto).

La norma transcrita derogó el artículo 64 del Código Civil y les dio idéntico tratamiento a los fenómenos de fuerza mayor y caso fortuito, lo cual fue el resultado de la tesis unitaria o monista de la causa extraña que, desde épocas remotas, ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación, desde hace varios lustros, ha distinguido la fuerza mayor del caso fortuito, de manera que el tratamiento y la aplicación de estas figuras ha respondido a la tesis dualista expuesta a finales del siglo XIX, principalmente por el profesor Adolf Exner[[18]](#footnote-18), a tal punto que en algunos pronunciamientos se ha dicho que, de las dos, la única causa que enerva la relación causal es la fuerza mayor, mas no el caso fortuito[[19]](#footnote-19).

La teoría dualista que surgió como consecuencia de la tendencia de algunos teóricos de ampliar los regímenes de responsabilidad, fundamentalmente a través de las teorías del riesgo, y de reducir las causas enervantes de la relación causal, precisamente, para quitarle el carácter eximente al caso fortuito, tiene definidos varios criterios para diferenciar uno y otro fenómeno (el caso fortuito y la fuerza mayor).

La jurisprudencia de esta Corporación los ha resumido así[[20]](#footnote-20):

***“Criterio material*** *de ‘Exner’ (cualificación y cuantificación)*: Planteó una concurrencia de factores; uno *cualitativo* referente a si el hecho es o no exterior a la víctima y otro *cuantitativo* en tanto se trate de un hecho con cierta entidad, evidente, real, indudable e insuperable o sea un hecho sin entidad decisiva o previsible. Por consiguiente si el hecho es exterior y tiene cierta entidad se trata de una fuerza mayor y exime de responsabilidad, si por el contrario el hecho no se exterioriza, no es decisivo y es previsible, es caso fortuito, no exime de responsabilidad[[21]](#footnote-21).

“Dentro de ese criterio, Josserand consideró que no necesariamente el hecho es exterior por provenir materialmente de un sitio por fuera del dominio del ofensor sino que realmente lo es si está dotado de *fuerza destructora absoluta* sin determinación del ofensor (fuerza mayor) pero si el hecho se *desencadenaba directa o indirectamente por iniciativa humana* era caso fortuito.

“***Criterio de imposibilidad*** *(Colin y Capitant):* Basándose en la noción de culpa, la fuerza mayor presupone la imposibilidad *absoluta* de ejecución mientras que en el caso fortuito esa imposibilidad es *relativa[[22]](#footnote-22).*

“***Criterio de las características*:** *Irresistibilidad* para la fuerza mayor e *imprevisibilidad* para el caso fortuito”.

En suma, a la luz de la teoría dualista que ha acogido esta Corporación puede decirse que la fuerza mayor es aquel acontecimiento extraordinario (que supera aquellos que se encuentran en el curso normal de la vida), de magnitud relevante (notorio, real, indudable y significativo), exterior al deudor y puramente objetivo (que la conducta de éste no incide en el resultado), irresistible (impedimento de contener las consecuencias del evento, aún aplicando la mayor diligencia) y que imposibilita por completo el cumplimiento de una obligación o el evitar la producción del daño.

En cambio, el caso fortuito es el acontecimiento que ocurre casualmente como suceso interno (se produce dentro del campo de la actividad del deudor o del agente que produce el daño), que es imprevisible (que la mente del humano no puede prever) y que genera dificultad para que el deudor cumpla la obligación a su cargo o para superar la situación extraordinaria (no imposibilita cumplir o superar la dificultad).

La importancia práctica que tiene la distinción entre estas dos figuras, estriba en que, a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, la única que tiene la virtualidad de quebrar la relación de causalidad es la fuerza mayor, mas no el caso fortuito.

Al respecto, ha dicho la Sala[[23]](#footnote-23):

“Tampoco es atendible la fuerza mayor alegada por la demandada como eximente de responsabilidad, la cual fundamenta en el hecho de que el daño se produjo por la falla mecánica del sistema de frenos. Ese hecho no constituye fuerza mayor sino caso fortuito por cuanto no proviene de una causa extraña, sino que es imputable a la estructura misma de la actividad peligrosa que constituye la conducción de automotores; (sic) el caso fortuito como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, no exime de responsabilidad”[[24]](#footnote-24).

No obstante, en materia de responsabilidad contractual el artículo 1604 del Código Civil prevé que *“… El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa …”* (subraya fuera del texto), lo cual supone que en este tipo de responsabilidad el deudor es relevado si prueba el caso fortuito, siempre y cuando el evento extraordinario sea externo a éste.

Ahora, no es posible que el legislador o el juez elaboren un catálogo de los eventos constitutivos de fuerza mayor o de caso fortuito y tampoco se puede calificar como tal cualquier suceso o acontecimiento sorpresivo. Para que se estructure uno u otro deberá reunir las características enunciadas y, desde luego, será el juez quien lo analice en cada caso específico.

En opinión de la demandada, *“… la orden de liquidación constituye una causal de fuerza mayor que impide el (sic) continuar ejecutando los contratos que eran propios del objeto social de la ESE antes de su liquidación. Por ello es necesario indicar que el hecho de la orden de liquidación emitida por el Presidente de la República mediante el Decreto 2866 de 2007, implica una causal de fuerza mayor respecto de la ESE POLICARPA SALAVARRIETA”* (fl. 311, C. 1).

Para la Sala, la orden de supresión y liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta, emitida a través del decreto 2866 del 27 de julio de 2007 no implicaba ni contenía orden alguna de terminación unilateral del contrato de arrendamiento y, por ende, no puede servir como causa extraña enervante de la relación causal en el fenómeno de la responsabilidad.

En efecto, la terminación del contrato de arrendamiento se produjo por la voluntad unilateral del liquidador, expresada a través de la comunicación del 16 de agosto de 2007, y no como consecuencia directa de la orden de supresión y liquidación de la entidad pública, de modo que no fue el acto de la autoridad pública, externo a la entidad en liquidación, lo que determinó la ruptura del vínculo negocial, sino que fue el acto emitido por la misma liquidadora el que puso fin al arrendamiento, de modo que se trata de un acontecimiento interno, es decir, que ocurrió por la conducta de la arrendadora y no por un suceso externo y puramente objetivo, característico de la fuerza mayor; por consiguiente, el daño ocasionado al arrendatario solo es atribuible a la demandada y no a una causa extraña.

Ahora bien, en la contestación de la demanda, la parte demandada adujo que el contrato de arrendamiento terminó por el cumplimiento de un deber legal; no obstante, en opinión de la Sala, el cumplimiento del deber legal no impide que se estructure el fenómeno del incumplimiento contractual, pues la responsabilidad, en este caso, surge por la ruptura unilateral y anticipada del contrato de arrendamiento o, lo que es lo mismo, por la violación de un derecho relativo al contrato celebrado, lo cual excluye el análisis de cualquier elemento subjetivo.

Por otra parte, el apelante cuestiona la sentencia de primera instancia, por cuanto, en su sentir, el Tribunal le dio el tratamiento de contrato de servicios de salud al contrato de arrendamiento, al señalar que el *“… mismo Decreto (sic) previó la subrogación de los contratos de salud, indicando (sic) que con el fin de garantizar su continuidad, éstos se subrogarán en la entidad que el contratante determine o se liquidarán si así lo determina el Contratante. Era pues un mandato legal (sic) que en manera alguna podía desconocer el liquidador …”* (fl. 471, C. Consejo).

El artículo 25 del decreto 2866 de 2007, citado en el fallo de primera instancia dice:

“ARTÍCULO 25. SUBROGACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SALUD. Con el fin de garantizar la continuidad de los servicios de salud a las entidades que contrataron los servicios de salud de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, los contratos se subrogarán en la entidad que el contratante determine o se liquidarán si así lo determina el Contratante.

“PARÁGRAFO. El Liquidador le comunicará a cada una de las entidades con las que opere la subrogación, en la fecha en que ella se perfeccione”.

En opinión de la Sala, el a quo no solo entendió que el contrato de arrendamiento del inmueble se podía equiparar al contrato de servicios de salud, sino que le dio una lectura y aplicación equivocada al precepto.

En efecto, el Tribunal partió de una premisa errada, pues entendió que en los contratos de salud la Empresa Social del Estado fungía como contratante, pero en el contexto de la norma debe entenderse que lo hacía como contratista, por cuanto era quien prestaba sus servicios a otras empresas.

Entonces, siendo contratista la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta y contratante quien requirió los servicios de ésta, no era la entidad en liquidación la que podía subrogar en otras entidades los contratos (como equivocadamente lo entendió el Tribunal), sino que era la contratante de los servicios que prestaba la ESE Policarpa Salavarrieta la que tenía la facultad de decidir si se subrogaban o se liquidaban dichos contratos y, en caso de que decidiera subrogarlos, ese mismo contratante debía determinar a quién.

Además, el Tribunal aplicó indebidamente la norma a la presente controversia, porque el supuesto en ella previsto solo era aplicable a los contratos de servicios de salud, como reza su epígrafe, y no al contrato de arrendamiento; pero, tal razonamiento no tiene implicación en cuanto al juicio de responsabilidad que acá se debate, pues el objeto del proceso no consiste en establecer las medidas que debió adoptar la ESE Policarpa Salavarrieta con los contratos que tenía vigentes al momento de ordenar su liquidación, sino que se trata de establecer si el daño ocasionado al arrendatario con la terminación unilateral contrato es atribuible a la entidad en liquidación y si debe indemnizar los perjuicios ocasionados por tal ruptura.

En suma, el hecho de que el Gobierno Nacional ordenara la supresión y liquidación de la ESE Policarpa Salavarrieta no facultaba a la arrendadora para terminar unilateralmente el contrato de arrendamiento y, en caso de que así lo hiciera, como en efecto sucedió, no la relevaba de indemnizar los perjuicios que se causaran por la ruptura anticipada del vínculo contractual.

Para finalizar, se advierte que la condena impuesta a la parte demandada no fue objeto de apelación, razón por la cual no se emitirá pronunciamiento al respecto; además, la Sala considera que dentro del expediente no existen los suficientes elementos de juicio para liquidar en concreto la condena, fundamentalmente, por las mismas razones que expuso el a quo en la sentencia objeto del recurso, esto es, porque el dictamen pericial que se practicó para cuantificar los perjuicios carece de la información suficiente para sustentar las conclusiones allí plasmadas.

Por todo lo anterior, se confirmará el fallo apelado.

**V.- Costas.-**

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

**F A L L A:**

**Primero.- CONFÍRMASE** la sentencia proferida el 26 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

**Segundo.-** Sin condena en costas.

**Tercero.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Ver estimación razonada de la cuantía, fl. 126, C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. El recurso de apelación fue interpuesto el 18 de agosto de 2010, de modo que la norma aplicable en materia de cuantías para acceder a la segunda instancia era la prevista en el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, pues para esa época ya habían entrado a funcionar los juzgados administrativos (1º de agosto de 2006) y, por consiguiente, había entrado en pleno vigor la reforma introducida al C.C.A.. [↑](#footnote-ref-2)
3. “Artículo 40. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

   "Artículo 132. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

   …

   “5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”. [↑](#footnote-ref-3)
4. “Artículo 164. Vigencia en materia contencioso administrativa. En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación.

   “Los procesos de única instancia que cursan actualmente en el Consejo de Estado y que conforme a las disposiciones de esta ley correspondan a los Tribunales en única instancia, serán enviados a éstos en el estado en que se encuentren, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia.

   “Los procesos en curso que eran de única instancia ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales y que quedaren de doble instancia se deberán enviar en el estado en que se encuentren al competente, según esta ley, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia.

   “Los procesos en curso que a la vigencia de esta ley eran de doble instancia y quedaren de única, no serán susceptibles de apelación, a menos que ya el recurso se hubiere interpuesto.

   **“Parágrafo**. [Modificado por el art. 1, Ley 954 de 2005](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16373#1). Mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual vigente para 2007 era de $433.700.oo (Decreto 4580 del 27 de diciembre de 2006). [↑](#footnote-ref-5)
6. Este criterio no lo comparte el ponente de esta decisión; sin embargo, lo acata por respeto a las decisiones de la Sala Plena de la Sección Tercera. [↑](#footnote-ref-6)
7. “ARTÍCULO 7o. INVENTARIOS. El Liquidador dispondrá la realización de un inventario físico, jurídico y contable detallado de los activos, pasivos, cuentas de orden y contingencias de la entidad, el cual deberá ser realizado dentro de un plazo no superior a seis (6) meses, contado a partir de la fecha de la legalización del respectivo contrato, prorrogables por el liquidador por una sola vez por un plazo no superior a seis (6) meses; dicha prórroga debe estar debidamente justificada.

   “El inventario debe estar debidamente soportado en los documentos correspondientes e incluirá la siguiente información:

   “1. La relación de los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la entidad y de los créditos y activos intangibles de que sea titular.

   “2. La relación de los bienes cuya tenencia esté en poder de un tercero, indicando en cada caso el nombre del titular, la naturaleza del contrato y la fecha de vencimiento.

   “3. La relación de los pasivos indicando la cuantía y naturaleza de los mismos, sus tasas de interés y sus garantías, y los nombres de los acreedores. En el caso de pasivos laborales se indicará el nombre de los trabajadores y el monto debido a cada uno. Igualmente se incluirá la relación de los pensionados y el valor del cálculo actuarial correspondiente.

   “4. La relación de contingencias existentes, incluyendo los procesos o actuaciones administrativas que se adelanten y la estimación de su valor.

   “PARÁGRAFO. En el inventario se identificarán por separado aquellos bienes que se consideren indispensables para el funcionamiento de la entidad durante el período de la liquidación. Asimismo, se anotarán y explicarán las inconsistencias entre dicho inventario y el recibido por el Liquidador al momento de iniciar su gestión, si las hubiere”.

   “ARTÍCULO 8o. AVALÚO DE BIENES. Simultáneamente con la elaboración de los inventarios, el Liquidador realizará el avalúo de los bienes de propiedad de la entidad, sujetándose a las siguientes reglas:

   “1. Bienes inmuebles. El avalúo de los bienes inmuebles se regirá por las disposiciones legales sobre la materia.

   “2. Bienes muebles. El avalúo de los bienes muebles se practicará por peritos avaluadores, cuya designación deberá ser aprobada por el Ministro de la Protección Social.

   “3. Copia del avalúo de los bienes será remitida a la Contraloría General de la República, con el fin de que se ejerza el control fiscal sobre el mismo”. [↑](#footnote-ref-7)
8. “ARTÍCULO 10. ENAJENACIÓN DE ACTIVOS. El Liquidador enajenará los activos cumpliendo con lo establecido en los artículos 30 y 31 del Decreto-ley 254 de 2000, modificados por los artículos 16 y 17 de la Ley 1105 de 2006, respectivamente.

   “Los activos de las Unidades Hospitalarias Manuel Elkin Patarroyo (Ibagué - Tolima) y Carlos Hugo Estrada (Villavicencio - Meta) de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, (sic) deberán enajenarse en condiciones que aseguren la continuidad en la prestación de los servicios de salud. La entidad o entidades que adquieran estas unidades hospitalarias, (sic) deberán demostrar que cuentan con recursos para asegurar, (sic) la adecuada dotación de equipos y el mantenimiento de la infraestructura.

   “PARÁGRAFO 1o. Para facilitar la rápida enajenación de activos, la elaboración y refrendación de los inventarios y avalúos podrá dividirse por etapas o por tipos de bienes.

   “PARÁGRAFO 2o. Mientras se realiza la venta de los bienes muebles y de los inmuebles de las Unidades Hospitalarias Manuel Elkin Patarroyo (Ibagué - Tolima) y Carlos Hugo Estrada (Villavicencio - Meta) de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, y con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de salud, de conformidad con lo consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política, el Liquidador deberá celebrar, de manera inmediata con una entidad pública nacional especializada del sector, un contrato de administración u operación el cual se mantendrá vigente hasta tanto se efectúe su enajenación”. [↑](#footnote-ref-8)
9. “ARTÍCULO 10. ENAJENACIÓN DE ACTIVOS. El Liquidador enajenará los activos cumpliendo con lo establecido en los artículos [30](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0254_2000.htm#30) y [31](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0254_2000.htm#31) del Decreto-ley 254 de 2000, modificados por los artículos [16](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1105_2006.htm#16) y [17](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1105_2006.htm#17) de la Ley 1105 de 2006, respectivamente.

   “Los activos de las Unidades Hospitalarias Manuel Elkin Patarroyo (Ibagué - Tolima) y Carlos Hugo Estrada (Villavicencio - Meta) de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, deberán enajenarse en condiciones que aseguren la continuidad en la prestación de los servicios de salud. La entidad o entidades que adquieran estas unidades hospitalarias, deberán demostrar que cuentan con recursos para asegurar, la adecuada dotación de equipos y el mantenimiento de la infraestructura.

   “PARÁGRAFO 1o. Para facilitar la rápida enajenación de activos, la elaboración y refrendación de los inventarios y avalúos podrá dividirse por etapas o por tipos de bienes.

   “PARÁGRAFO 2o. Mientras se realiza la venta de los bienes muebles y de los inmuebles de las Unidades Hospitalarias Manuel Elkin Patarroyo (Ibagué - Tolima) y Carlos Hugo Estrada (Villavicencio - Meta) de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, y con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de salud, de conformidad con lo consagrado en el artículo [49](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/constitucion_politica_1991_pr001.htm#49) de la Constitución Política, el Liquidador deberá celebrar, de manera inmediata con una entidad pública nacional especializada del sector, un contrato de administración u operación el cual se mantendrá vigente hasta tanto se efectúe su enajenación”. [↑](#footnote-ref-9)
10. “ARTICULO 291. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA TOMA DE POSESIÓN. Modificado por el artículo [24](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0510_1999.html#24) de la Ley 510 de 1999.

    “Corresponde al Presidente de la República, en ejercicio de las funciones que le otorga el numeral 25 del artículo [189](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#189) de la Constitución Política, señalar la forma como se desarrollará el proceso de toma de posesión, y en particular la forma como se procederá a liquidar los activos de la entidad, a realizar los actos necesarios para colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social o a realizar los actos necesarios para obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas; la forma y oportunidad en la cual se deben presentar los créditos o reclamaciones; las sumas que se pueden cancelar como gastos de administración; la forma como se reconocerán y pagarán los créditos, se decidirán las objeciones, se restituirán los bienes que no deban formar parte de la masa, y en general, los actos que en desarrollo de la toma de posesión se pueden o se deben rdalizar (sic).

    “Dichas facultades las ejercerá el Presidente de la República con sujeción a los principios y criterios fijados en el artículo [46](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero_pr001.html#46) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a las siguientes reglas generales:

    (…)

    “14. A los procesos de toma de posesión se aplicará lo previsto en los artículos [103](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995_pr002.html#103) y [104](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995_pr002.html#104) de la Ley 222 de 1995 y para tal efecto se entenderá que cuando dichas disposiciones hacen referencia al concordato se refieren a la toma de posesión. El agente especial podrá poner fin a los contratos existentes al momento de la toma de posesión si los mismos no son necesarios para la administración o liquidación”. [↑](#footnote-ref-10)
11. La falta de plenitud del ordenamiento jurídico puede presentarse por exuberancia, como cuando existe un exceso de regulación sobre un mismo punto de derecho (caso de las antinomias) o por deficiencia (caso de las lagunas), por no existir la suficientes normas que le den solución al caso. Al respecto ver: CARNELUTTI, Francesco: “Teoría General del Derecho”, 2ª edición, 1946, pág. 76. [↑](#footnote-ref-11)
12. Norberto Bobbio, en su obra Teoría General del Derecho, dice lo siguiente respecto de los mecanismos de autointegración y heterointegración, como remedio ante la falta de plenitud del ordenamiento jurídico: “Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos diferentes que podemos llamar, siguiendo la terminología de CARNELUTTI, de heterointegración y de autointegración. El primer término consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento jurídico que hemos examinado). El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos, o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante” (Ed. Temis, Bogotá, 2005, pág. 230). [↑](#footnote-ref-12)
13. “ARTICULO 4o. COMPETENCIA DEL LIQUIDADOR. Modificado por el artículo [4](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1105_2006.html#4) de la Ley 1105 de 2006. Es competencia del liquidador adelantar bajo su inmediata dirección y responsabilidad el procedimiento de liquidación de la entidad pública del orden nacional para la cual sea designado.

    “El liquidador podrá contratar personas especializadas para la realización de las diversas actividades propias del proceso de liquidación”. [↑](#footnote-ref-13)
14. “ARTICULO 6o. FUNCIONES DEL LIQUIDADOR. Modificado por el artículo [6](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1105_2006.html#6) de la Ley 1105 de 2006. Son funciones del liquidador las siguientes:

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

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

    “c) Informar a los organismos de veeduría y control del inicio del proceso de liquidación;

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

    “e) Dar aviso a los registradores de instrumentos públicos, autoridades de tránsito y transportes y Cámaras de Comercio, para que den cumplimiento a lo dispuesto en el literal d) del artículo [2o](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0254_2000.html#2) del presente decreto, y para que dentro de los treinta (30) días siguientes a que se inicie la liquidación informen al liquidador sobre la existencia de folios en los que la institución en liquidación figure como titular de bienes o de cualquier clase de derechos;

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

    “g) Elaborar el anteproyecto de presupuesto de la entidad y cuando sea del caso presentarlo al Ministro o Director de Departamento Administrativo, al cual esté adscrita o vinculada la entidad pública en liquidación, para su aprobación y trámite correspondiente;

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

    “i) Continuar con la contabilidad de la entidad;

    “j) Celebrar los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación y representar a la entidad en las sociedades, asociaciones y entidades en que sea socia o accionista;

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

    “l) Promover, en los casos previstos por la ley, las acciones disciplinarias, contenciosas, civiles o penales necesarias contra los servidores públicos, personas o instituciones que hayan participado en el manejo de los bienes y haberes de la entidad en liquidación;

    “m) Rendir informe mensual de su gestión y los demás que se le soliciten;

    “n) Presentar el informe final general de las actividades realizadas en el ejercicio de su encargo;

    “o) Velar porque se dé cumplimiento al principio de publicidad dentro del proceso de liquidación;

    “p) Las demás que le sean asignadas en el decreto de nombramiento o que sean propias de su encargo.

    “PARÁGRAFO 1o. En el ejercicio de las funciones de que tratan los literales j) y k) del presente artículo, se requerirá previamente de apropiación y disponibilidad presupuestal.

    “PARÁGRAFO 2o. El liquidador designado deberá presentar dentro de un término máximo de 3 meses contados a partir de su posesión un informe sobre el estado en que recibe la entidad suprimida o disuelta, especialmente sobre las condiciones de la contabilidad general, los documentos que conforman el archivo y la relación y estado de los bienes.

    “El liquidador enviará a la Contraloría General de la República copia del informe correspondiente, para los efectos relacionados con su responsabilidad como liquidador”. [↑](#footnote-ref-14)
15. “ARTÍCULO 5o. FUNCIONES DEL LIQUIDADOR. El Liquidador adelantará bajo su inmediata dirección y responsabilidad el proceso de liquidación de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

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

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

    “c) Informar a los organismos de veeduría y control del inicio del proceso de liquidación;

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

    “e) Dar aviso a los registradores de instrumentos públicos, autoridades de tránsito y transportes, Cámaras de Comercio y cuando sea del caso, a, los jueces para que den cumplimiento a lo dispuesto en el literal d) del artículo [2](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0254_2000.htm#2)o del Decreto-ley 254 de 2000 modificado por la Ley [1105](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1105_2006.htm#1) de 2006, y a los registradores de instrumentos públicos, autoridades de tránsito y transportes y Cámaras de Comercio, para que dentro de los treinta (30) días siguientes a que se inicie la liquidación informen al Liquidador sobre la existencia de folios en los que la institución en liquidación figure como titular de bienes o de cualquier clase de derechos;

    “f) Garantizar durante el término previsto en el presente decreto, la terminación de procesos de atención a pacientes hospitalizados o el traslado de los mismos, en condiciones de seguridad, a las Instituciones Prestadoras de Servicios que determinen las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios a las cuales estén afiliados, o a las que informen las Direcciones Territoriales de Salud en caso de existir contrato de prestación de servicios con estas entidades;

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

    “h) Elaborar el anteproyecto de presupuesto de la entidad y cuando sea del caso presentarlo al Ministro de la Protección Social, para su aprobación y trámite correspondiente;

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

    “j) Continuar con la contabilidad de la entidad;

    “k) Celebrar los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación y representar a la entidad en las sociedades, asociaciones y entidades en que sea socia o accionista;

    “l) Transigir, conciliar, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, en los procesos y reclamaciones que se presenten dentro de la liquidación, cuando sea del caso, y atendiendo las reglas sobre prelación de créditos que informan las disposiciones que regulan la liquidación;

    “m) Promover, en los casos previstos por la ley, las acciones disciplinarias, contenciosas, civiles o penales necesarias contra los servidores públicos, personas o instituciones que hayan participado en el manejo de los bienes y haberes de la entidad en liquidación;

    “n) Rendir informe mensual de su gestión y los demás que se le soliciten;

    “o) Presentar el informe final general de las actividades realizadas en el ejercicio de su encargo;

    “p) Velar por que se dé cumplimiento al principio de publicidad dentro del proceso de liquidación;

    “q) Las demás que conforme a la normatividad existente sobre la materia le correspondan, las que le sean asignadas y las propias de su labor.

    “PARÁGRAFO 1o. En el ejercicio de las funciones de que tratan los literales k) y 1) del presente artículo, se requerirá previamente de apropiación y disponibilidad presupuestal.

    “PARÁGRAFO 2o. El Liquidador designado deberá presentar dentro de un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la legalización del respectivo contrato, un informe sobre el estado en que recibe la entidad suprimida, especialmente sobre las condiciones de la contabilidad general, los documentos que conforman el archivo y la relación y estado de los bienes.

    “El Liquidador enviará a la Contraloría General de la República copia del informe correspondiente, para los efectos relacionados con su responsabilidad como Liquidador”. [↑](#footnote-ref-15)
16. TRIGO REPRESAS, Felix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J: “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo V, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 437. [↑](#footnote-ref-16)
17. DE CUPIS, Adriano: “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 134. [↑](#footnote-ref-17)
18. EXNER, Adolf: “La noción de fuerza mayor. Teoría de la responsabilidad en el contrato de transporte”, citado por PEIRANO FACIO, Jorge, en su obra: “Responsabilidad Extracontractual”, reimpresión de la segunda edición. Ed. Temis, Bogotá, 2004, pág. 459. [↑](#footnote-ref-18)
19. En ese sentido, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de febrero de 1995, exp. 10.376. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2002, exp. 13.477. [↑](#footnote-ref-20)
21. *La notion de la force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport. Citado por Peirano Facio ib.(8).*  [↑](#footnote-ref-21)
22. *Curso Elemental de derecho Civil. Madrid. Citado por Peirano Facio. Ib (8).* [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de febrero de 1995, ex. 10.376. [↑](#footnote-ref-23)
24. En el mismo sentido ver sentencia del 12 de agosto de 2014, exp. 30.026 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”). [↑](#footnote-ref-24)