

CONTRATO – Imposibilidad de continuar contrato – LIQUIDACIÓN FORZOSA ENTIDAD PÚBLICA – Fuerza mayor

[...] esta Subsección ha concluido que la imposibilidad definitiva de continuar con la ejecución de un contrato como consecuencia del advenimiento del proceso administrativo de liquidación forzosa de la entidad pública contratante, constituye un evento de fuerza mayor que, salvo pacto en contrario, libera a sus partes de responsabilidad respecto del cumplimiento de sus obligaciones y, en consecuencia, impide acceder al reconocimiento de las reclamaciones de indemnización de perjuicios que de ello se pudieran derivar. Esta premisa se eleva en forma general, pues, frente a cada caso, las particularidades de este pueden conducir a respuestas diversas.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DE ORDEN NACIONAL – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – SERVICIO DE SALUD – Proceso liquidatorio por intervención administrativa – Proceso de liquidación forzosa administrativa – Decreto 254 del 2000 – Terminación de contratos – ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO – Entidades públicas del orden nacional

La Constitución Política otorga al Presidente de la República la facultad de suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley; a su vez, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 dispone que “podrá” suprimir o disponer la disolución y consiguiente liquidación de entidades y organismos del nivel nacional a los que se refiere el artículo 38 de esa misma norma.

El Decreto 254 de 2000, que regula lo concerniente a la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, dispone que el proceso de liquidación inicia con la orden de supresión o disolución de la entidad y que la expedición del acto de liquidación, entre otros, conlleva la designación del liquidador, quien fungirá a partir de su designación como representante legal de la entidad, imponiendo a éste la prohibición expresa para realizar cualquier tipo de acto que no esté dirigido a liquidar la entidad, la cual opera a partir de “la expedición del decreto que ordena la disolución y liquidación de la entidad”, lo que se traduce, en principio, en que la entidad ya no puede continuar con el desarrollo de su objeto, en tanto los únicos actos que puede ejercer su representante legal son los encaminados a lograr su liquidación.

Con ocasión de lo anterior y al tenor de las normas que integran el régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional, dada la imposibilidad del liquidador de realizar actos diferentes a los propios del proceso administrativo de la liquidación, éste debe terminar los contratos que no sean necesarios para tal finalidad, como es dispuesto por el numeral 14 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), norma aplicable a los procedimientos administrativos de liquidación de entidades públicas del orden nacional por remisión expresa del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 254 de 2000 en los vacíos que éste presente.

LIQUIDACIÓN FORZOSA DE ENTIDAD PÚBLICA – Imprevisibilidad o no – Riesgo previsible

[...] la liquidación forzosa de la entidad pública puede o no ser un hecho imprevisible, pues si al momento de la celebración del contrato las partes pueden establecer que es

suficientemente probable que durante su ejecución la entidad pública quedará sometida a ese procedimiento, la ocurrencia de este hecho no podrá calificarse como un evento de fuerza mayor, sino como un riesgo previsible que alguna de ellas ha debido asumir, bien porque expresamente así lo haya manifestado, o porque asumió los resultados de celebrar el contrato en tales condiciones, caso en el cual, las consecuencias adversas de su ocurrencia tendrían que ser asumidas por ese extremo de la relación negocial sin posibilidad de trasladarlas a su contraparte.

MORA – Fuerza mayor o caso fortuito – No da lugar a indemnización de perjuicios – MORA - Acuerdo de voluntades

[...] el inciso segundo del artículo 1616 del Código Civil establece que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios, lo que no obsta para que esta regla de responsabilidad sea modificada por las partes, lo cual deberá constar expresamente en el negocio jurídico, pues así lo impone el inciso final del artículo 1604 de esa misma normativa, en cuanto dispone que la culpa por la que responde el deudor y la inexistencia de responsabilidad por caso fortuito, “se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”. En consecuencia, la imposibilidad de ejecutar un contrato por un evento de fuerza mayor libera a las partes del cumplimiento de sus obligaciones sin responsabilidad para ninguna de ellas, salvo que expresamente se hubiere estipulado lo contrario.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – CONTRATO DE CONCESIÓN – CONTRATO DE ASOCIACIÓN – Objeto del contrato de asociación – Terminación del contrato de asociación – Funciones del presidente de la república – Facultades del presidente de la república – Liquidación de la empresa social del estado – Proceso de liquidación forzosa administrativa – Fuerza mayor – Resolución de las excepciones procesales – Liquidación judicial del contrato

La terminación del contrato que suscita la controversia se produjo de manera sobreviniente ante la imposibilidad de la ESE de continuar su ejecución debido al proceso de liquidación forzosa a la que fue sometida, por lo que la causa a la que se atribuye el daño por la parte demandada estuvo determinada por un evento externo, toda vez que la decisión de suprimir y liquidar la entidad corresponde adoptarla al Presidente de la República en ejercicio de una facultad discrecional que está en cabeza suya y en la que no tiene injerencia la entidad a la que se impone la medida, quien no puede oponerse o resistirse a ella.

En consecuencia, como está probado que la causa que determinó la terminación del contrato obedeció a un evento de fuerza mayor, se debe concluir que ambos contratantes quedaron liberados del cumplimiento de sus obligaciones, y que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil y del inciso segundo del artículo 1616 ibidem, la entidad demandada no está llamada a indemnizar los perjuicios que se hubieren generado como consecuencia de la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato hasta el vencimiento del plazo pactado, que fue lo solicitado por la parte actora, representado en la pérdida de la utilidad proyectada y en las mejoras y adecuaciones como inversiones que no pudo recuperar.

Se advierte que el acuerdo celebrado entre las partes y denominado como "de asociación", contempló especificaciones propias de un contrato de concesión mercantil de espacios.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 540012331000-2010-00128-01 (70122)
Demandante: Inversiones Dumian E.U. y otro
Demandado: Nación – Ministerio de Salud y Protección Social
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: *ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Está instituida para la resolución de los conflictos surgidos en torno al alcance de los derechos y obligaciones emanadas del contrato, que pueden tener origen tanto en el contrato mismo, como en los hechos de su ejecución y en los actos que dicte la administración y que en alguna forma afecten la relación negocial. / LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA Y FUERZA MAYOR – En principio, la imposibilidad definitiva de continuar con la ejecución de un contrato, como consecuencia de la supresión y liquidación de la entidad pública contratante, constituye un evento de fuerza mayor que, salvo pacto en contrario, libera a sus partes de responsabilidad respecto del cumplimiento de sus obligaciones y, en consecuencia, impide acceder a la indemnización de perjuicios.*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones.

La controversia se refiere a los daños presuntamente causados por la terminación unilateral y anticipada de un contrato, derivada del proceso de liquidación forzosa al que fue sometida la ESE contratante.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 6 de noviembre de 2020¹, en la que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada el 22 de abril de 2010² por Inversiones Dumian E.U. y Comercializadora Duarquint LTDA. (la parte actora o los demandantes), integrantes de la Unión Temporal Servimagen (la UT), en contra del

¹ Cuaderno segunda instancia, folios 523 a 557.

² Cuaderno principal, folios 4 a 39.



Ministerio de Salud y Protección Social (la entidad demandada), cuyos fundamentos de hecho y pretensiones se describen a continuación.

La demanda, sus fundamentos y pretensiones

2. El 4 de agosto de 2006 la E.S.E. Francisco de Paula Santander (la ESE) y la UT, suscribieron el contrato de asociación 0758-06 (el contrato), con el objeto de que la segunda adecuara la infraestructura del espacio destinado al Centro de Imágenes Diagnósticas (CID), realizara las obras físicas necesarias para su funcionamiento, obtuviera de la Secretaría de Salud la correspondiente habilitación, explotara el CID con total autonomía, celebrara convenios para la atención de pacientes de forma integral, facturara los servicios y, al vencimiento del contrato, transfiriera las obras físicas a la ESE.

3. En el contrato se pactó que la UT pagaría a la ESE un canon mensual de \$2'000.000 por un área utilizable de 144 metros cuadrados, más \$12.330 por cada metro cuadrado adicional que requiriera; la participación de la ESE como asociada en la explotación del CID sería del 10% de la facturación neta; se pactó un plazo de ejecución contractual de cinco (5) años contados a partir del día de inicio de su operación, lo cual se dejaría consignado en un acta suscrita por las partes.

4. Los demandantes realizaron las adecuaciones y dotaciones necesarias para el funcionamiento del CID, iniciando operaciones el 1 de enero de 2007, por lo que el plazo inicialmente previsto finalizaba el 31 de diciembre de 2011.

5. Mediante el Decreto 810 de 2008³ se suprimió la ESE.

6. La supresión de la ESE no implicaba la terminación de los contratos que se encontraran ejecutando, pues el artículo 29 del Decreto 254 de 2000⁴ contempló que éstos debían ser cedidos o traspasados para evitar perjuicios a los co-contratantes.

7. Mediante oficio 0134 del 1 de abril de 2008, el liquidador de la ESE informó a la UT que había ordenado la terminación del contrato, fijando un plazo de quince (15) días hábiles para la entrega material y definitiva de las instalaciones.

8. Con el oficio LIQ-1402 del 8 de junio de 2008, el liquidador concedió a la UT hasta el día 19 de ese mes y año, como último plazo para la entrega de los espacios ocupados, y el 17 de julio de 2008 (oficio LIQ-2154), informó que dio instrucciones para que a partir de esa fecha se prohibiera la entrada de pacientes, equipos, insumos y medicamentos al área que la UT estaba ocupando.

³ "Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander y se ordena su liquidación", proferido por el Gobierno Nacional.

⁴ Decreto-ley "Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional".



9. El 5 de agosto de 2008 representantes del liquidador desalojaron a la UT del área donde funcionaba el CID, reteniendo los equipos y el mobiliario con los que se había dotado, motivo por el cual, la parte actora acudió al proceso de liquidación reclamando el reconocimiento de perjuicios, los cuales fueron rechazados por el liquidador.
10. El acto administrativo por el cual se decretó la terminación unilateral del contrato no fue notificado a la UT, y sin motivación se omitió reconocer la indemnización de los perjuicios por concepto de lucro cesante. En virtud de lo anterior y como pretensión principal, los demandantes solicitaron declarar la nulidad de ese acto.
11. De manera subsidiaria, solicitaron declarar que la terminación unilateral y anticipada del contrato causó un daño a los demandantes, y condenar a la entidad demandada como sucesora de la extinguida ESE, a indemnizar los perjuicios por concepto de lucro cesante tasados pericialmente en el proceso, o subsidiariamente, aquellos que resultaren probados, particularmente, los representados en: ⁽ⁱ⁾ el valor de las mejoras y adecuaciones que se realizaron en ejecución del contrato; ⁽ⁱⁱ⁾ la imposibilidad de utilizar los equipos, muebles, insumos y medicamentos desde el 5 de agosto de 2008, fecha en que la UT fue desalojada del CID, hasta el día de vencimiento del plazo estipulado en el contrato, y liquidar judicialmente el acuerdo, incluyendo el monto de la indemnización reconocida en la sentencia a favor de la UT⁵.

⁵ Los actores solicitaron: "PRIMERA: Que es nulo el Oficio N. 0134 de fecha 1 ° de abril de 2008, por el cual la Apoderada del Liquidador de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN decretó la terminación del Contrato de Asociación N.º 0758-06 de fecha 4 de agosto de 2006, celebrado con la empresa UNIÓN TEMPORAL SERVIMAGEN y cuyo objeto fue la puesta en funcionamiento y operación, con total autonomía por la UNIÓN TEMPORAL, del Centro de Imágenes Diagnósticas (CID) en la Unidad Hospitalaria Cúcuta. SEGUNDA: Que, en caso de haber existido, es nulo el Oficio del 15 de marzo de 2008, mediante el cual la Apoderada del Liquidador de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN decretó unilateralmente la terminación del Contrato (...). EN SUBSIDIO DE LA ANTERIOR: Que, en caso de haber existido, el acto administrativo contenido en el Oficio del 15 de marzo de 2008 no produjo efecto alguno, por no haber sido notificado personalmente a las integrantes de la UNIÓN TEMPORAL SERVIMAGEN, ni habersele indicado a estas cuál era el recurso gubernativo procedente. EN SUBSIDIO DE LAS DOS PRIMERAS PRETENSIONES PRINCIPALES: Que el Contrato (...) terminó el 1 ° de abril de 2008 por decisión unilateral de la Apoderada del Liquidador de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN, motivada en las condiciones particulares en que, a su juicio, debía prestarse el servicio de salud en la Unidad Hospitalaria Clínica Cúcuta durante la liquidación de LA EMPRESA. TERCERA: Que la terminación unilateral y anticipada del Contrato (...) decretada por el Agente del Presidente de la República para la liquidación de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER y representante legal de ésta, causó a la UNIÓN TEMPORAL SERVIMAGEN un daño antijurídico. CUARTA: Que LA NACIÓN es responsable de las deudas insolutas de su liquidada ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER. QUINTA: Que se condene a LA NACIÓN, como sucesora de su extinguida ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, a indemnizar a INVERSIONES DUMIAN E.U. y a COMERCIALIZADORA DUARQUINT LTDA. (...) los perjuicios infligidos con la terminación unilateral y anticipada del Contrato de Asociación N.º 0758-06 del 4 de agosto de 2006, y en especial el valor del lucro cesante tasado pericialmente en el proceso y actualizado hasta la fecha de la sentencia según el Índice de Precios al Consumidor (IPC). EN SUBSIDIO DE LA ANTERIOR: Que se condene a LA NACIÓN, como sucesora de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN, a pagar a INVERSIONES DUMIAN E.U. y a COMERCIALIZADORA DUARQUINT LTDA. el valor de los perjuicios probados en el proceso. EN SUBSIDIO DE LAS ANTERIORES: Que se condene a LA NACIÓN, como sucesora de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN a pagar a INVERSIONES DUMIAN E.U. y a COMERCIALIZADORA DUARQUINT LTDA.: a) El valor de las mejoras y adecuaciones que realizaron en ejecución del contrato en el Centro de Imágenes Diagnósticas de la Clínica Cúcuta, actualizado hasta la fecha de la sentencia; b) El lucro cesante que sufrieron por la imposibilidad de utilizar sus equipos, muebles, insumos



Contestación de la demanda

12. La demandada y la Fiduciaria Popular S.A. (Fidupopular), vinculada como tercero interesado⁶, contestaron la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

13. La entidad⁷ afirmó que: ⁽ⁱ⁾ no hizo parte del contrato, como tampoco tuvo a su cargo el proceso liquidatorio de la ESE, ni es sucesora o subrogataria de ésta; ⁽ⁱⁱ⁾ la orden de liquidación de la ESE constituyó una causal de fuerza mayor; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ la demanda fue presentada después de configurada la caducidad, por cuanto el acto que terminó unilateralmente el contrato fue proferido el 1 de abril de 2008, mientras que la demanda se presentó el 22 de abril de 2010, esto es, vencido el término de dos (2) años que confiere la norma para instaurar la acción contractual; y, ^(iv) la demanda no debió tramitarse como una acción de controversias contractuales, sino como una nulidad y restablecimiento del derecho.

14. Fidupopular⁸ solicitó negar las pretensiones de la demanda por cuanto: ⁽ⁱ⁾ la demanda se presentó después de haberse configurado la caducidad de la acción; ⁽ⁱⁱ⁾ la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, debido a que es la llamada a ejercerse contra las actuaciones del liquidador; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ no es viable el estudio de las mismas pretensiones de reconocimiento que fueron negadas en el trámite liquidatorio; ^(iv) la terminación del contrato se dio en cumplimiento de un deber legal y en desarrollo de facultades legales especiales otorgadas al liquidador, por lo que no se produjo por aplicación de las facultades exorbitantes de la Ley 80 de 1993, resultando improcedente la indemnización de perjuicios en los términos de su artículo 14; ^(v) la orden de supresión, disolución y liquidación de la ESE, constituyó una fuerza mayor que causó la terminación anticipada del negocio; y ^(vi) el Tribunal carecía de competencia para dirimir el conflicto propuesto, al haberse pactado una cláusula compromisoria en el contrato.

15. La Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. (Fiduagraria) y la Fiduciaria La Previsora S.A. (Fiduprevisora), también vinculadas el proceso como terceros interesados, allegaron contestación de la demanda de forma extemporánea.

y medicamentos desde el 5 de agosto de 2008, fecha en que la UNIÓN TEMPORAL SERVIMAGEN fue desalojada del Centro de Imágenes Diagnósticas, hasta el día de vencimiento del plazo estipulado para el Contrato de Asociación. SEXTA: Que, por no haberla efectuado la entidad contratante (...) se practique (...) la liquidación del Contrato (...) incluyendo en ésta el monto de la indemnización reconocida en la sentencia a favor de la UNIÓN TEMPORAL SERVIMAGEN, y a favor de LA EMPRESA única y exclusivamente la compensación causada por el uso del área desde el 1 de abril hasta el 5 de agosto de 2008, día en que la UNIÓN TEMPORAL fue desalojada del Centro de Imágenes Diagnósticas".

⁶ Junto con La Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario - Fiduagraria S.A. y la Fiduciaria La Previsora - Fiduprevisora S.A., como integrantes del consorcio liquidador de la ESE.

⁷ Cuaderno principal, folios 84 a 112.

⁸ Cuaderno 2, folios 358 a 377.



Alegatos en primera instancia

16. Agotado el periodo probatorio⁹, la entidad demandada¹⁰ y Fiduciaria Popular S.A.¹¹ reiteraron lo expuesto en sus contestaciones.

17. La parte actora reafirmó lo expuesto en la demanda¹², agregando que: (i) no procedía la excepción de fuerza mayor, pues las deudas de las entidades nacionales una vez culminada la liquidación, es causa y fundamento legal de responsabilidad del Estado; (ii) no se configuró la caducidad de la acción, debido a que la solicitud de conciliación extrajudicial suspendió el término; y, (iii) la acción contractual sí era procedente, por cuanto se solicitó la nulidad de actos contractuales, en este caso, los que terminaron unilateralmente el negocio jurídico.

18. Fiduagraria, Fiduprevisora y el Ministerio Público, guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

Fundamentos de la sentencia de primera instancia

19. El Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda¹³. Negó las excepciones propuestas por la entidad demandada y Fidupopular, relativas a: caducidad de la acción; falta de legitimación en la causa por pasiva; falta de competencia por la existencia de una cláusula compromisoria; inepta demanda por indebida escogencia de la acción; e inviabilidad de conocer en sede judicial los reclamos presentados en el proceso de liquidación forzosa. Liquidó judicialmente el contrato, con un saldo a favor de la parte actora y en contra de la entidad demandada de \$83'203.275,64 por concepto de lucro cesante y negó las demás pretensiones de la demanda.

⁹ En auto del 24 de abril de 2014, se decretaron como medios de prueba las documentales aportadas por las partes, se ordenó oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social para que allegara documentación relacionada con el proceso de liquidación de la ESE y se decretó el interrogatorio del representante de la UT.

¹⁰ Cuaderno 2, folios 436 a 441.

¹¹ Cuaderno 2, folios 456 a 469.

¹² Cuaderno 2, folios 443 a 455.

¹³ **PRIMERO:** AVOCAR el conocimiento del proceso de la referencia, en atención a lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJNS-17-070 del 15 de febrero de 2017 proferida por el Consejo Superior de la Judicatura de Norte de Santander. **SEGUNDO:** NEGAR las excepciones propuestas por la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social. Así como, la Fiduciaria Popular S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** LIQUIDAR judicialmente el Contrato de Asociación No. 0758 de 2006 suscrito entre la Unión Temporal SERVIMAGEN conformada por (Inversiones Dumian E.U. y la Comercializadora Duarquint Ltda.) y la ESE Francisco de Paula Santander Liquidada, teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia. **CUARTO:** Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social a reconocer y pagar a favor de Inversiones Dumian E.U. y la Comercializadora Duarquint Ltda., quienes conforman La Unión Temporal SERVIMAGEN por concepto de lucro cesante el valor OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA CUATRO CENTAVOS (\$ 83.203.275,64), suma que deberá actualizarse a la fecha de ejecutoria de la sentencia. **QUINTO:** NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO:** RECONOCER personería jurídica a la Doctora ROCÍO BALLESTEROS PINZÓN como Apoderada del Ministerio de Salud y de la Protección Social. **SÉPTIMO:** A la presente sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo".



20. Como fundamento de la decisión, expuso que la entidad demandada está legitimada en la causa por pasiva en este caso, toda vez que, a la terminación del contrato de fiducia mercantil mediante el cual se constituyó el patrimonio autónomo de remanentes de la liquidación de la ESE, corresponde a esa cartera ministerial satisfacer los pagos que en un principio debió realizar el consorcio liquidador de la ESE.

21. Indicó que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros, como la legalidad de los actos administrativos, asunto que es de conocimiento del juez contencioso administrativo. Como en el caso objeto de estudio lo pretendido es que se declare la nulidad de un acto por medio del cual la administración terminó unilateralmente un contrato, pese a contener éste una cláusula compromisoria, solo es susceptible de control por parte de esta jurisdicción.

22. Además, el acto acusado fue proferido por el liquidador con ocasión del negocio jurídico cuya terminación unilateral se dispuso, razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del CCA -modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para la fecha en la cual se presentó la demanda-, la acción procedente para adelantar el juicio de legalidad es la de controversias contractuales.

23. Determinó que los hechos y las pretensiones de la demanda se fundamentaron en el oficio del 15 de marzo de 2008, momento a partir del cual debe computarse el término de dos (2) años para su radicación, el cual vencía inicialmente el 16 de marzo de 2010. La parte demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 16 de febrero de 2010, la cual fue declarada fallida el 24 de marzo de 2010, es decir, que se interrumpió el término durante 36 días, razón por la que la demanda instaurada el 22 de abril de 2010 fue oportuna.

24. Aunque el liquidador de la ESE no notificó personalmente los oficios del 15 de marzo de 2009 y del 1 de abril de 2008, lo cierto es que los actores sí tenían conocimiento de ellos, teniendo en cuenta que actuaron dentro del proceso liquidatorio solicitando daño emergente y lucro cesante con ocasión de la terminación unilateral del contrato, individualizaron en la demanda los actos administrativos y fundamentaron las pretensiones en los mismos. Por otra parte, el hecho de que los demandantes hayan reclamado el resarcimiento de perjuicios en el proceso liquidatorio no impide que por vía judicial se resuelva este asunto, pues se trata de dos procesos distintos.

25. Para el *a quo*, la expedición del Decreto 810 del 14 de marzo de 2008, que ordenó la supresión de la ESE, fue una situación sobreviniente al contrato que impidió seguir ejecutando su objeto, por lo que constituyó un motivo justificado y razonable para darlo por terminado. Además, el artículo 29 del Decreto 254 de 2000 establece que los contratos de la entidad liquidada se pueden terminar, ceder o traspasar, lo cual es facultativo; sin embargo, el liquidador optó por terminar el negocio jurídico suscrito con la parte actora justificadamente, por cuanto celebró un



convenio interadministrativo con Caprecom, a quien le entregó la totalidad de la clínica para la prestación y operación del servicio, conforme a la facultad que le fue otorgada por medio del Decreto 810 de 2008.

26. Como el contrato no fue liquidado previo a la finalización del proceso liquidatorio de la ESE, como lo establece el artículo 29 del Decreto 254 del 2000, determinó que era procedente definir su balance final en sede judicial.

27. Explicó que en el dictamen pericial¹⁴ se calcularon los perjuicios causados hasta el vencimiento del contrato, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2011, pero solo procedía el reconocimiento de los perjuicios ocasionados desde la fecha en que se desalojó a la UT del CID, hasta la fecha en que fueron debidamente entregados los equipos y bienes muebles, teniendo en cuenta que los mismos pudieron ser utilizados con posterioridad a la entrega.

28. La utilidad que dejó de percibir la UT desde el 6 de agosto de 2008, fecha en la que fue expulsada la parte actora del CID, según el acta de desalojo obrante en el expediente, hasta el 16 de enero de 2009, fecha en la que le fueron entregados los equipos y bienes muebles de su propiedad, correspondía a la suma de \$79'481.294,18, la que una vez actualizada ascendía a \$83'203.275,64, monto que debía pagarse por la entidad demandada.

29. Finalmente, negó el daño emergente, toda vez que los demandantes no acreditaron las inversiones que mencionaron en la demanda, y se abstuvo de condenar en costas.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

30. La anterior decisión fue apelada por la demandada¹⁵. Como cargos de apelación, indicó que: (i) la totalidad de las pretensiones debieron ventilarse mediante proceso arbitral; (ii) los actos administrativos demandados no son contractuales, por lo que la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho; (iii) la entidad demandada carece de legitimación en la causa; (iv) debían demandarse los actos que negaron las reclamaciones en el proceso de liquidación; y, (v) los demandantes estaban en la obligación de soportar las consecuencias de la terminación anticipada del contrato y del proceso de liquidación forzosa, por lo que no procedía el reconocimiento de perjuicios, los que tampoco se probaron.

31. Las razones en que sustentó el recurso serán expuestas al momento de estudiar cada una de ellas.

¹⁴ Practicado en el proceso por solicitud de la parte actora y rendido por el perito el perito Víctor Hugo Castellanos Correa.

¹⁵ Cuaderno segunda instancia, folios 571 a 579.



32. Mediante proveído del 29 de mayo de 2023¹⁶ el Tribunal concedió el recurso de apelación y a través del auto del 2 de agosto del mismo año¹⁷ se admitió. El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

33. Atendiendo a los cargos de la apelación, corresponde establecer si resultan fundadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cláusula compromisoria, indebida escogencia de la acción y la relativa a que el demandante debía demandar los actos que negaron su reclamaciones en el proceso de liquidación forzosa, como presupuesto de las pretensiones indemnizatorias. En caso contrario, la Sala analizará la procedencia del reconocimiento efectuado por el *a quo* a favor de la parte actora en la liquidación judicial del contrato.

La legitimación en la causa por pasiva de la entidad demandada

34. La ESE Francisco de Paula Santander fue creada mediante el Decreto Ley 1750 de 2003, como entidad pública descentralizada del nivel nacional, adscrita al entonces Ministerio de la Protección Social, para la prestación de los servicios de salud como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Mediante el Decreto 810 de 2008, se suprimió a la ESE y se ordenó su liquidación, estableciendo en su artículo 2 que el procedimiento estaría sujeto a las disposiciones del Decreto 254 de 2000, la Ley 1105 de 2006 y las especiales del citado decreto.

35. Conforme al acto que ordenó la supresión y el Decreto Ley 254 de 2000¹⁸, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, y dado que a la finalización del proceso liquidatorio aún existían actividades remanentes, el liquidador de la ESE suscribió con la Fiduciaria Popular S.A. el contrato de fiducia mercantil 062 de 2009, en virtud del cual se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes, cuyo objeto consistió en la administración de los activos transferidos por la ESE al cierre del proceso liquidatorio, a efectos de realizar los pagos con cargo a dichos recursos, administrar los procesos judiciales, contratos y reservas cedidos por la liquidación.

36. Mediante sentencia del 16 de diciembre de 2020 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, confirmada por la Sección Quinta de esta Corporación¹⁹, se

¹⁶ Cuaderno segunda instancia, folio 626.

¹⁷ SAMAI, índice 3.

¹⁸ "ARTÍCULO 35. A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo".

¹⁹ Sentencia del 29 de abril de 2021, Exp. 54001-23-33 -000-2020- 00616-01. C.P. Luis Alberto Álvarez Parra. Proferida en el marco de una acción de cumplimiento.



ordenó al Gobierno Nacional dar cumplimiento al parágrafo 1 del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, en el sentido de disponer expresamente sobre la subrogación de las obligaciones de la extinta ESE, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, por cuanto el acto que suprimió y ordenó la liquidación omitió hacer un pronunciamiento sobre el particular.

37. En cumplimiento de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 415 del 24 de marzo de 2022, el cual dispuso que el pago de las sentencias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo de la liquidada ESE, deberán ser asumidas por el Ministerio de Salud y Protección Social²⁰.

38. Mediante sentencia del 4 de mayo de 2023 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, confirmada por la Sección Quinta de esta Corporación en fallo del 8 de junio de 2023, se ordenó al Gobierno Nacional disponer sobre la subrogación de obligaciones de la extinta ESE en materia de obligaciones contractuales. Producto de lo anterior fue expedido el Decreto 745 de 2024, que adicionó el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social (780 de 2016) respecto de la “SUBROGACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE LAS EXTINTAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO”, estableciendo en su artículo 1 que “El Ministerio de Salud y Protección Social asumirá las obligaciones de la extinta E.S.E. Francisco de Paula Santander, en materia contractual”.

39. Por tanto, corresponde a la entidad demandada asumir las obligaciones en materia contractual de la extinta ESE y el pago de las sentencias derivadas de éstas, por lo que se encuentra legitimada en la causa por pasiva en el *sub iudice*.

La excepción de cláusula compromisoria

40. Bajo la cláusula decimonovena, las partes acordaron que las controversias surgidas durante la ejecución del contrato se solucionarían de manera directa entre las partes, y en caso de no llegar a un acuerdo intentarían la conciliación y ante el eventual fracaso de este mecanismo, acudirían a un Tribunal de Arbitraje.

41. La Sala constata que la entidad demandada, no propuso la excepción de cláusula compromisoria ni se opuso a que el litigio fuera decidido por esta jurisdicción. Fue Fidupopular, como tercero interesado vinculado al proceso, quien

²⁰ “Artículo 1. De la competencia para la asunción del pago de las sentencias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales. Será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas, derivadas de las obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo de la liquidada Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander. Para estos efectos, el valor de las obligaciones a que hace referencia el presente artículo, será pagado con cargo a los activos líquidos y no líquidos transferidos por el liquidador al momento de suscribir el Contrato de Fiducia Mercantil No. 062 de 2009, por medio del cual se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes de la ESE Francisco de Paula Santander hasta que se hayan descontado la totalidad de estos recursos, en cumplimiento de las normas vigentes sobre liquidación de entidades públicas; una vez se agoten estos recursos, la Nación, por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público realizará la asignación presupuestal en el Presupuesto General de la Nación, respecto a los rubros correspondientes al Ministerio de Salud y Protección Social. Parágrafo. Esta asunción excluye cualquier otra obligación de la liquidada Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander que esté determinada o pueda determinarse”.



propuso tal excepción. Esta entidad fiduciaria carece de interés para proponer la excepción de cláusula compromisoria por cuanto no la vinculaba, toda vez que no fue parte en el negocio jurídico que la contenía, y aunque hizo parte del consorcio liquidador, no sustituyó ni fungió como sucesor patrimonial de la ESE, posición que solamente fue adjudicada al ministerio, según lo reseñado.

42. El 18 de abril de 2013, fecha para la cual la entidad demandada ya había contestado la demanda²¹, la Sección Tercera recogió la tesis sostenida hasta ese momento respecto de la renuncia tácita del pacto arbitral²². No obstante, como ha señalado esta Subsección en casos análogos, en este tipo de situaciones no es atendible aplicar retroactivamente la decisión judicial que cambió el precedente sobre la renuncia tácita al pacto arbitral²³.

43. Por lo anterior, la Subsección aplicará el precedente vigente al momento de la contestación de la demanda. La Sala constata, que: (i) las partes vinculadas al pacto arbitral, al no oponerse expresamente a la competencia y jurisdicción del Tribunal Contencioso Administrativo, actuaron movidas por el entendimiento de que sus actos procesales implicaban una renuncia al pacto arbitral; (ii) el derecho al acceso a la administración de justicia comprende no solo la posibilidad de acudir al juez sino también la garantía de acceder a una decisión de fondo en un término razonable²⁴, y en este caso, las partes han esperado por más de catorce años la expedición de la sentencia que ponga fin al proceso, de manera que prorrogar la adopción de esa decisión afectaría desproporcionadamente ese derecho y defraudaría la confianza legítima que suscitó el precedente sobre la renuncia tácita al pacto arbitral; finalmente, (iii) esta determinación no se opone al auto de unificación reseñado, dado que éste no estableció expresamente una subregla relativa a su aplicación temporal y por cuanto el mismo no se había expedido al momento de contestarse la demanda.

La excepción de indebida escogencia de la acción

45. Afirma la entidad demandada que la acción procedente para pretender la nulidad del acto que terminó anticipadamente el contrato, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto fue proferido por cuenta del proceso liquidatorio de la ESE en atención a las previsiones propias de ese trámite.

²¹ Esto ocurrió el 17 de agosto de 2010. Cuaderno principal, folios 84 a 112.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Auto del 18 de abril de 2013. Exp. 17.859. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 7 de mayo de 2021. Exp. 48.746. y sentencia del 10 de septiembre de 2021. Exp. 51.219. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez. En el mismo sentido véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 14 de septiembre de 2018. Exp. 53.392. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Auto del 25 de septiembre de 2017, Exp. 50.892, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁴ Sobre este punto, la Corporación ha sostenido: “De esta manera, no queda duda que cada uno de los habitantes del territorio nacional tiene derecho constitucional fundamental a que el Estado le garantice no sólo el derecho a acceder a la administración de justicia sino a que ésta adopte las decisiones judiciales como resultado de esa labor, de manera pronta y cumplida, es decir, que en ningún caso el proceso judicial sea afectado por dilaciones injustificadas”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de octubre de 2018. Exp. 38.098. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



46. Conforme a lo establecido por el artículo 357 del CPC²⁵, la competencia del *ad quem* se circunscribe a las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante en relación con los aspectos del fallo de primera instancia que le son desfavorables. La Sala constata que el *a quo* negó la pretensión de nulidad del acto de terminación del negocio jurídico al haberlo encontrado ajustado al ordenamiento jurídico. En esa medida, como lo afirmado por la entidad apelante no tiene por finalidad ni efecto impugnar un aspecto de la sentencia de primera instancia que sea contrario a sus intereses, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre el particular.

La ausencia de pretensiones anulatorias frente a los actos que definieron las reclamaciones en el proceso de liquidación forzosa

47. La entidad demandada indicó que las pretensiones indemnizatorias de la parte actora deben desestimarse, por cuanto el reconocimiento de perjuicios por cuenta de la terminación unilateral y anticipada del contrato fue objeto de un pronunciamiento de fondo por parte del liquidador de la ESE en las resoluciones 000010 del 14 de agosto de 2008 y 000065 del 24 de octubre de 2008, donde se negaron los reclamos de la UT, y como estos actos no fueron demandados, conservan su presunción de legalidad.

48. En lo que concierne a las reclamaciones de los acreedores frente a la exigibilidad y pago de las obligaciones del ente suprimido, las funciones del liquidador están encaminadas a calificarlas y graduarlas con el fin de llevar a buen término la liquidación definitiva de la entidad²⁶, y como parte de este encargo, puede transigir, conciliar, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente en los procesos y reclamaciones que se presenten en el curso de la liquidación²⁷, pero no está habilitado para resolver de manera unilateral e impositiva los conflictos o litigios derivados de los contratos que hubiere celebrado la entidad durante su existencia, toda vez que la ley no le confirió tal prerrogativa. Consecuencialmente, el liquidador solo está autorizado para reconocer aquellas obligaciones respecto de las cuales no existe duda acerca de su existencia y exigibilidad²⁸.

²⁵ "Competencia del superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla".

²⁶ De conformidad con el artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplicable al caso por remisión expresa del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 254 de 2000, el proceso de liquidación forzosa administrativa "tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos".

²⁷ De conformidad con el artículo 6 del Decreto 254 de 2000, son funciones del liquidador, entre otras: "k) Transigir, conciliar, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, en los procesos y reclamaciones que se presenten dentro de la liquidación, hasta el monto autorizado por la junta liquidadora, cuando sea del caso, y atendiendo las reglas sobre prelación de créditos establecidas en el presente decreto".

²⁸ Así se deduce, entre otras normas, del ya citado artículo 293 del EOSF, el cual señala que el objeto del proceso de la liquidación forzosa administrativa consiste en realizar los activos y pagar el **pasivo** externo, así como de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 254 de 2000 que señala que "2. La relación de pasivos deberá sustentarse en los estados financieros de la entidad y en los demás documentos contables que permitan



49. No se desconoce que puede acontecer que en el curso del proceso de liquidación se niegue el reconocimiento y pago con cargo a la masa de liquidación de obligaciones cuyo origen se imputa a un contrato, caso en el cual esta decisión se exterioriza mediante declaraciones unilaterales de la voluntad expresadas en un acto administrativo²⁹, por lo que la parte desfavorecida con ella puede pretender lograr ese mismo reconocimiento por vía judicial comprometiendo el análisis de la presunción de legalidad de ese acto.

50. Sin embargo, lo expuesto no fue lo que ocurrió en este caso, pues al revisar las resoluciones proferidas en el proceso de liquidación, en ellas se expresó que el liquidador carecía de competencia para resolver la reclamación de la parte actora, precisamente, por cuanto no se refería a la exigibilidad de una obligación preexistente y, en consecuencia, su reconocimiento correspondía al juez. En este sentido, el liquidador indicó lo siguiente:

“[E]s necesario resaltar que en el presente proceso de liquidación, sólo pueden ser reconocidas con cargo a la masa de la liquidación aquellas acreencias cuya existencia, validez y exigibilidad está plenamente determinada. Reconocer obligaciones cuya exigibilidad, existencia, o validez está en discusión, no es clara, o no está determinada (como las indemnizaciones reclamadas por la terminación unilateral del contrato de asociación), haría que el proceso liquidatorio no fuera concursal, y se degeneraría hasta tal punto, que quienes se consideren con derecho a reclamar simplemente deben presentar sus reclamaciones independientemente de que las mismas sean exigibles o que su existencia o validez esté en discusión (...) el apoderado del liquidador de la ESE no se encuentra facultado para reconocer sumas que no se encuentren plenamente demostradas ni mucho menos reivindicaciones de tipo indemnizatorio, lo cual, hace parte de la órbita de la justicia común y no la especial en la que nos encontramos. Lo contrario, sería ir en contra de los principios de juez natural (...) En este orden de ideas, la decisión en cuanto a la existencia o no de derechos en cabeza del reclamante no se encuentra en cabeza de la apoderada del liquidador ni mucho menos su comprobación, los cuales son temas de competencia de los jueces comunes quienes sí se encuentran facultados para declarar la existencia o no de derechos de esta naturaleza a favor de los reclamantes (...)”³⁰

51. De esta forma y contrario a lo indicado por la entidad apelante, en las resoluciones 000010 del 14 de agosto de 2008 y 000065 del 24 de octubre de 2008

comprobar su existencia y exigibilidad” y también en el párrafo del artículo 26 del Decreto 2211 de 2004, según el cual, “si el Liquidador dudare de la procedencia o validez de cualquier reclamación prevista en el presente decreto, la rechazará”.

²⁹ Ley 1106 de 2006. Artículo 7. “Los actos del liquidador relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y en general, los que por su naturaleza constituyan ejercicio de funciones administrativas, constituyen actos administrativos y serán objeto de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el procedimiento de liquidación”.

³⁰ Cuaderno 2, folios 419 a 431.



no existió un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones de reconocimiento de perjuicios por cuenta de la terminación unilateral y anticipada del contrato del demandante, pues lo que se indicó por el liquidador fue que sus facultades no se extendían a resolver cuestiones atinentes a declaraciones y condenas que las partes del contrato puedan pretender con fundamento en un determinado negocio jurídico, competencia que, según lo dispuesto en el artículo 87 del CCA -norma vigente para la época de presentación de la demanda- corresponde al juez del contrato.

52. En consecuencia, el reconocimiento pretendido en este asunto no dependía de que los demandantes solicitaran la nulidad de los actos que rechazaron sus reclamaciones en el proceso liquidatorio.

La procedencia de las pretensiones indemnizatorias de la parte actora

53. Indica la entidad demandada en su recurso de apelación que las sumas reconocidas a favor de los demandantes en la liquidación judicial del negocio jurídico deben ser rechazadas, pues se cimientan en supuestos perjuicios generados por la terminación anticipada del contrato y el desarrollo del proceso liquidatorio que los demandantes estaban en la obligación de soportar, siendo improcedente cualquier declaración de responsabilidad y la condena al pago de una indemnización. Agregó que, en cualquier caso, los supuestos perjuicios no fueron probados, y que se omitió incluir en la liquidación del contrato los valores adeudados por la UT a la ESE.

54. Con anterioridad, esta Subsección ha concluido que la imposibilidad definitiva de continuar con la ejecución de un contrato como consecuencia del advenimiento del proceso administrativo de liquidación forzosa de la entidad pública contratante, constituye un evento de fuerza mayor que, salvo pacto en contrario, libera a sus partes de responsabilidad respecto del cumplimiento de sus obligaciones y, en consecuencia, impide acceder al reconocimiento de las reclamaciones de indemnización de perjuicios que de ello se pudieran derivar³¹. Esta premisa se eleva en forma general, pues, frente a cada caso, las particularidades de este pueden conducir a respuestas diversas.

55. La anterior conclusión se sustenta no solo en que el proceso de liquidación forzosa tiene origen en una orden de autoridad legítima a la que no es posible resistir, sino porque se trata de un suceso imprevisible, irresistible y externo a la entidad que queda sometida a dicho procedimiento, que impide de manera definitiva la continuación de la ejecución del negocio jurídico ante la imposibilidad de realizar actos distintos a los necesarios para lograr el debido desarrollo de la liquidación de la entidad, y que por disposición legal, lo lleva a su terminación.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2022. Exp. 58485.



56. La Constitución Política otorga al Presidente de la República la facultad de suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley³²; a su vez, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 dispone que “podrá” suprimir o disponer la disolución y consiguiente liquidación de entidades y organismos del nivel nacional a los que se refiere el artículo 38 de esa misma norma.

57. El Decreto 254 de 2000, que regula lo concerniente a la liquidación de las entidades públicas del orden nacional³³, dispone que el proceso de liquidación inicia con la orden de supresión o disolución de la entidad y que la expedición del acto de liquidación, entre otros, conlleva la designación del liquidador³⁴, quien fungirá a partir de su designación como representante legal de la entidad³⁵, imponiendo a éste la prohibición expresa para realizar cualquier tipo de acto que no esté dirigido a liquidar la entidad, la cual opera a partir de “*la expedición del decreto que ordena la disolución y liquidación de la entidad*”, lo que se traduce, en principio, en que la entidad ya no puede continuar con el desarrollo de su objeto, en tanto los únicos actos que puede ejercer su representante legal son los encaminados a lograr su liquidación.

58. Con ocasión de lo anterior y al tenor de las normas que integran el régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional, dada la imposibilidad del liquidador de realizar actos diferentes a los propios del proceso administrativo de la liquidación, éste debe terminar los contratos que no sean necesarios para tal finalidad, como es dispuesto por el numeral 14 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF)³⁶, norma aplicable a los procedimientos administrativos de liquidación de entidades públicas del orden nacional por remisión expresa del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 254 de 2000 en los vacíos que éste presente³⁷.

59. En esa medida, la terminación de los contratos que no sean necesarios para llevar a cabo la liquidación de la entidad pública, se revela como una consecuencia directa impuesta por la ley ante la supresión y liquidación forzosa de la entidad pública a la que está compelido el liquidador, pues aunque el referido numeral 14 del artículo 291 del EOSF utiliza la expresión “podrá”, las competencias del

³² Constitución Política, numeral 15, artículo 189: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley”.

³³ En el parágrafo 1 se señala que “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”.

³⁴ Artículo 2.

³⁵ Literal a) del artículo 6.

³⁶ Decreto 663 de 1993: “[e]l 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”.

³⁷ “ARTÍCULO 1. Ámbito de aplicación. 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”.



representante legal de la entidad, como expresión del principio de legalidad, se limitan a realizar los actos que conduzcan a la liquidación de la entidad pública bajo una prohibición expresa de efectuar cualquier otro que supere ese objeto, de manera tal que el condicionante “*podrá*” comprende otras formas de finalización del vínculo, como sería la cesión del contrato, pero sin que este ejercicio implique desconocer la finalidad originaria del proceso liquidatorio, y es la cesación de toda actividad económica, de servicio o comercial.

60. Lo expuesto permite concluir que el proceso administrativo de liquidación forzosa corresponde a un hecho irresistible para la entidad pública sometida a dicho procedimiento, así como externo a ésta, toda vez que la determinación de su supresión y disolución corresponde al Presidente de la República y frente a ello la entidad no tiene injerencia ni puede resistirse u oponerse, en tanto se trata de un acto emitido por una autoridad pública investida de competencia para proferirlo y frente al cual, la ley no prevé mecanismo de oposición que lo impida.

61. Aunque la decisión de supresión y liquidación se adopta con fundamento en las causales previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, esto es, en razón de los resultados de las evaluaciones de gestión administrativa efectuadas por el Gobierno Nacional y los indicadores de gestión y eficiencia que emplean los organismos de control, esa orden sigue siendo externa a la entidad sometida a ese procedimiento, pues la sola configuración de las causales indicadas no trae como consecuencia tal determinación, la cual está en cabeza del Presidente de la República, quien puede adoptar esa o cualquier otra que se ajuste a las necesidades particulares del sector según la evaluación de conveniencia que le corresponde realizar de manera exclusiva. Por tanto, la decisión de suprimir la entidad y proceder a su liquidación está determinada por valoraciones de política pública que determinan la conveniencia o no de la medida y que, por tanto, son ajenas a ella.

62. Sin perjuicio de lo anterior, la liquidación forzosa de la entidad pública puede o no ser un hecho imprevisible, pues si al momento de la celebración del contrato las partes pueden establecer que es suficientemente probable que durante su ejecución la entidad pública quedará sometida a ese procedimiento, la ocurrencia de este hecho no podrá calificarse como un evento de fuerza mayor, sino como un riesgo previsible que alguna de ellas ha debido asumir, bien porque expresamente así lo haya manifestado, o porque asumió los resultados de celebrar el contrato en tales condiciones, caso en el cual, las consecuencias adversas de su ocurrencia tendrían que ser asumidas por ese extremo de la relación comercial sin posibilidad de trasladarlas a su contraparte.

63. En los contratos de intercambio, las prestaciones correlativas son interdependientes, de manera que unas no pueden subsistir sin la otras, lo que supone que extinguida una de ellas ante la ocurrencia de una fuerza mayor, la otra



no pueda pervivir, pues su causa también desaparece³⁸. En esa medida, en los casos en los que la imposibilidad del cumplimiento afecta al contrato de manera total y definitiva, se produce la liberación de las partes frente al cumplimiento de sus obligaciones conllevando a la terminación del negocio jurídico³⁹. Por tanto, como en estos eventos el hecho determinante de la imposibilidad sobreviniente de ejecutar una obligación -que a su vez haría desaparecer su prestación correlativa ante la extinción de la causa que la sustenta- devendría de un evento de fuerza mayor, debe concluirse que en los términos de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil, salvo pacto expreso en contrario, ninguna de las partes estaría llamada a indemnizar a la otra los perjuicios que se pudieran derivar de tal circunstancia.

64. Respecto de lo anterior, el inciso segundo del artículo 1616 del Código Civil establece que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios, lo que no obsta para que esta regla de responsabilidad sea modificada por las partes, lo cual deberá constar expresamente en el negocio jurídico, pues así lo impone el inciso final del artículo 1604 de esa misma normativa, en cuanto dispone que la culpa por la que responde el deudor y la inexistencia de responsabilidad por caso fortuito, “se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”. En consecuencia, la imposibilidad de ejecutar un contrato por un evento de fuerza mayor libera a las partes del cumplimiento de sus obligaciones sin responsabilidad para ninguna de ellas, salvo que expresamente se hubiere estipulado lo contrario.

65. En el caso concreto, la parte actora solicitó que de no accederse a la pretensión de nulidad del acto de terminación unilateral (lo que en efecto ocurrió en la sentencia de primera instancia, sin que hubiese sido objeto de reproche), se condenara a la entidad demandada al pago de los perjuicios que le fueron causados por la terminación anticipada del negocio jurídico, representados en: ⁽ⁱ⁾ el valor de las mejoras y adecuaciones que realizó en el CID con ocasión de la ejecución del contrato; ⁽ⁱⁱ⁾ la utilidad que habría percibido en caso de haberse ejecutado en su

³⁸ “Como se puede observar, en concepto de la Corte la aplicación de la teoría de la causa conduce a la extinción de la obligación correlativa y, por ende, del contrato, en los casos de imposibilidad total de cumplimiento de la prestación principal de la contraparte. Si el efecto de la fuerza mayor es la inexecución parcial del negocio jurídico, la respuesta puede ser distinta (v. gr. disminución de la contraprestación o, incluso, terminación contractual), dependiendo de la incidencia de esa circunstancia en el mantenimiento de la causa de la relación, en el sentido de aptitud de las prestaciones restantes para satisfacer el propósito práctico –o interés– perseguido con la contratación. En el mismo sentido, podría considerarse que, si el efecto de la fuerza mayor no es la imposibilidad permanente y definitiva para ejecutar la prestación, sino que el impedimento es apenas temporal, la solución ciertamente no podría estar en la desaparición definitiva del contrato, sino en la ‘suspensión’ de sus efectos, tal y como lo han establecido instrumentos internacionales de armonización legislativa”. SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. “Imposibilidad sobrevinida de cumplimiento y asignación del riesgo en los contratos bilaterales. El caso de las obligaciones diferentes a las de cuerpo cierto. Apuntes para un debate”, pág. 5.

³⁹ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado: “no habrá duda alguna de que las obligaciones correlativas (...) se habrían extinguido de contragolpe (...) por razón de una regla de simetría contractual, que técnicamente se cumple y explica la noción de causa de las obligaciones, noción que desempeña un papel preponderante en los contratos bilaterales, en los cuales cada una de las partes juega un doble papel de deudor y acreedor. En tales contratos, por virtud de la interdependencia de las obligaciones que de ellos se deriva, al quedar extinguida por fuerza mayor la que contrajo una de las partes, desaparece la otra porque queda sin el soporte de la causa indispensable para su existencia (...)”. Corte Suprema de Justicia, G.J. XLII, núm. 1897, (el 5 de julio de 1935), págs. 52 y ss.



totalidad el negocio jurídico; y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ la imposibilidad de seguir explotando sus equipos, muebles e insumos desde el 5 de agosto de 2008, fecha en la que la UT fue desalojada del CID, hasta el día de vencimiento del plazo estipulado en el contrato.

66. Está acreditado que a través del Decreto 810 del 14 de marzo de 2008, se ordenó la supresión y liquidación de la ESE, momento a partir del cual se dio inicio al proceso de liquidación bajo las reglas contenidas en el Decreto 254 de 2000 por tratarse de una entidad pública del orden nacional. El referido Decreto 810⁴⁰ señaló, en concordancia con las normas que rigen ese procedimiento, la prohibición de iniciar nuevas actividades y dispuso expresamente que *“la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander en liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, por lo tanto, conservará su capacidad jurídica únicamente para realizar actos, operaciones y contratos necesarios en orden a efectuar su pronta liquidación”*⁴¹.

67. Por tanto y conforme a lo expuesto, la terminación del contrato que suscita la controversia se produjo de manera sobreviniente ante la imposibilidad de la ESE de continuar su ejecución debido al proceso de liquidación forzosa a la que fue sometida, por lo que la causa a la que se atribuye el daño por la parte demandada estuvo determinada por un evento externo, toda vez que la decisión de suprimir y liquidar la entidad corresponde adoptarla al Presidente de la República en ejercicio de una facultad discrecional que está en cabeza suya y en la que no tiene injerencia la entidad a la que se impone la medida, quien no puede oponerse o resistirse a ella.

68. Adicionalmente, la liquidación forzosa de la entidad correspondió a un hecho que, aunque posible, no era suficientemente probable al momento de celebrarse el contrato, pues aunque en el Decreto 810 de 2008, como fundamento para adoptar la medida, se hizo alusión a informes de calidad de la prestación de servicios que se habrían elaborado entre los años 2006 y 2007 y a un informe de la Contraloría General de la República correspondiente a las vigencias de 2005 y 2006, ello no determina que desde antes de la celebración del contrato -en el año 2006- los resultados de tales informes podían conducir a configurar una de las causales a las que se refiere el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 para la supresión, disolución y liquidación de entidades públicas del orden nacional, y menos aún, que en ejercicio de su potestad discrecional el Presidente tomaría esa medida.

⁴⁰<https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1170454#:~:text=por%20el%20cual%20se%20suprim,e,y%20se%20ordena%20su%20liquidaci%C3%B3n>.

⁴¹ *“Con todo, dispuso que “la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander en liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar 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 de Salud que determine el Instituto de Seguros Sociales, 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. Para tal efecto podrá celebrar contratos de administración u operación. Sin perjuicio de lo anterior, la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander en liquidación, también continuará ejecutando las apropiaciones de la vigencia fiscal 2008 comprometidas por parte de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander antes de la vigencia del presente Decreto”.*



69. En consecuencia, como está probado que la causa que determinó la terminación del contrato obedeció a un evento de fuerza mayor, se debe concluir que ambos contratantes quedaron liberados del cumplimiento de sus obligaciones, y que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil y del inciso segundo del artículo 1616 *ibidem*, la entidad demandada no está llamada a indemnizar los perjuicios que se hubieren generado como consecuencia de la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato hasta el vencimiento del plazo pactado, que fue lo solicitado por la parte actora, representado en la pérdida de la utilidad proyectada y en las mejoras y adecuaciones como inversiones que no pudo recuperar.

70. Se advierte que el acuerdo celebrado entre las partes y denominado como “*de asociación*”, contempló especificaciones propias de un contrato de concesión mercantil⁴² de espacios, pues lo convenido fue la entrega de una zona ubicada en las instalaciones de la ESE contratante –concedente– con el fin de que la UT –concesionaria– adaptara y prestara los servicios de imágenes diagnósticas, a cambio del pago por parte de esta última de una suma fija mensual y un porcentaje sobre la facturación de los servicios prestados⁴³, negocio jurídico atípico al que no le aplican elementos normativos que apunten a considerar reglas distintas de los contratos de tracto sucesivo, frente a los cuales, aplican de manera plena las premisas de terminación justificada por fuerza mayor.

71. Esta conclusión se soporta, además, en el hecho de que las partes del contrato no estipularon expresamente la agravación del régimen de responsabilidad previsto en la ley, pues el único aparte del contrato que refirió a los riesgos asumidos por los suscribientes refirió a que éste se celebraba “*sin riesgo compartido*”⁴⁴, cláusula que suponía que cada uno de los contratantes asumía los riesgos que le eran inherentes de cara a las obligaciones a su cargo, que para la demandante, correspondían a las circunstancias que pudieran llevar al fracaso o éxito de su gestión para recuperar las inversiones realizadas y obtener las utilidades que esperaba en el plazo pactado.

72. En el clausulado del contrato, no se acordó que alguno de los contratantes hubiere asumido expresamente la responsabilidad por los perjuicios que se pudieran causar ante el surgimiento de un evento de fuerza mayor que impidiera ejecutar el contrato por la totalidad del plazo convenido, por lo que al ser un evento que no fue regulado por las partes, se debe aplicar el mencionado artículo 1604 del

⁴² La doctrina ha catalogado el contrato de concesión mercantil de un espacio como el acuerdo de voluntades en virtud del cual un empresario llamado concedente se obliga a otorgar a otro, llamado concesionario, la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician su rendimiento y su posición en el mercado. Arrubla Paucar, Jaime. Contratos Mercantiles. Pág. 289.

⁴³ Al respecto puede verse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2022. Exp. 58485.

⁴⁴ Folio 43, cuaderno 1.



Código Civil, lo que impide acceder a las pretensiones indemnizatorias de la parte actora.

73. En la sentencia de primera instancia, el Tribunal reconoció a favor de los demandantes las utilidades que dejaron de percibir desde la fecha en que la UT fue desalojada de las instalaciones de la ESE, hasta la fecha en que los bienes le fueron reintegrados en el proceso de liquidación, reconocimiento que en concepto de la Sala resulta improcedente, en tanto su fuente no corresponde a lo que el extremo actor reclamó por la terminación anticipada del contrato, sino a hechos diferentes, no comprendidos en la *causa petendi*, como pudo haber sido el ejercicio irregular de un derecho de retención.

74. La imposibilidad de utilizar los equipos y bienes muebles desde el desalojo de las instalaciones y hasta su entrega, no fue consecuencia de la terminación anticipada del contrato, único hecho aducido por el demandante como fuente del daño que solicitó le fuera indemnizado, sino que obedeció al desarrollo del proceso de liquidación forzosa de la ESE y de las disposiciones que rigen el inventario de bienes de la entidad objeto de la medida, las cuales, determinan que los activos que estaban en su tenencia y que pertenecieran a terceros debían ser retenidos y posteriormente solicitados por los interesados en el trámite liquidatorio, a fin de que el liquidador, con fundamento en su obligación de 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”*⁴⁵, estableciera el estado de los bienes y activos en poder de la entidad pública y determinara cuáles eran suyos y cuáles de terceros y, en este último evento, dispusiera su entrega.

75. Respecto de lo anterior, el artículo 299 -numeral 6- del EOSF establece que además de lo dispuesto en los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio, no forman parte de la masa de la liquidación las especies identificables que aun encontrándose en poder de la entidad intervenida, pertenezcan a otra persona, para lo cual se deberán acreditar las pruebas suficientes, mientras que su artículo 300 dispone que, *“[l]os bienes excluidos de la masa de liquidación que se encuentren debidamente identificados se restituirán a quienes tengan derecho a ellos en la oportunidad prevista en el reglamento”*.

76. Como se mencionó antes, la parte actora no reclamó que el ejercicio del derecho de retención por parte del liquidador y la posterior entrega de los bienes, una vez resuelta a su favor la reclamación que presentó, se hubiese alejado de las normas que rigen el proceso de liquidación forzosa, o que se hubiese realizado de forma caprichosa o arbitraria, ni que el tiempo que tomó resolver su reclamo y la devolución de los bienes hubiese sido injustificadamente prolongado, y en esa medida, no imputó algún tipo de responsabilidad por esas circunstancias, como

⁴⁵ Artículo 6 del Decreto 254 de 2000.



tampoco afirmó que por ellas se le hubiese causado algún perjuicio ni solicitó su indemnización.

77. Debe también indicarse que los demandantes no probaron la causación y cuantía de los presuntos perjuicios que se les habrían causado por la indisponibilidad de esos bienes desde que la UT fue desalojada del CID y hasta el momento en que le fueron devueltos, los cuales no pueden extraerse, como hizo el Tribunal, a partir de las utilidades dejadas de percibir por la UT bajo el contrato que fue terminado anticipadamente, según lo expuesto en el dictamen pericial practicado en el proceso a solicitud de la parte actora, pues como se indicó, no tenían derecho a ese lucro. Además, la parte actora no expuso ni acreditó que tuviese otros contratos en virtud de los cuales hubiese podido explotar dichos bienes, o que lo podía hacer directamente en otra locación, como tampoco demostró a cuánto ascendía la potencial explotación de esos precisos equipos y enseres en esas condiciones, toda vez que el dictamen determinó la utilidad de la UT con base en la totalidad de lo reportado en los libros y soportes contables del contrato cuya ejecución se imposibilitó, pero sin discriminar los datos que componían ese rubro.

78. Por otra parte, aunque en el recurso de apelación se indicó que en la liquidación del contrato deberían incluirse los valores adeudados por la UT a la ESE, lo cierto es que, con excepción de esa manifestación, en el trámite del proceso la entidad demandada no afirmó la existencia de alguna deuda a favor de la ESE, como tampoco se allegaron pruebas sobre el particular, por lo que tampoco resulta procedente tal reconocimiento.

79. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar: ⁽ⁱ⁾ declarará no probadas las excepciones de cláusula compromisoria, indebida escogencia de la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad demandada y ausencia de pretensiones anulatorias frente a los actos que definieron las reclamaciones en el proceso de liquidación forzosa; ⁽ⁱⁱ⁾ liquidará el contrato sin saldos a favor de ninguna de las partes, y; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ negará las demás pretensiones de la demanda.

Costas

80. En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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



Radicación: 540012331000-2010-00128-01 (70122)
Demandantes: Inversiones Dumian E.U. y otro
Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social
Acción: Controversias contractuales

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 6 de noviembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de cláusula compromisoria, indebida escogencia de la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de pretensiones anulatorias frente a los actos que definieron las reclamaciones en el proceso de liquidación forzosa.

TERCERO: LIQUIDAR, en los términos definidos en la parte motiva de esta providencia, el Contrato de Asociación 0758 de 2006 suscrito entre la Unión Temporal Servimagen (conformada por Inversiones Dumian E.U. y Comercializadora Duarquint Ltda.) y la ESE Francisco de Paula Santander Liquidada.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.

