

COSA JUZGADA – Excepción – Aplicación – Imposibilidad de analizar argumentos de la apelación – Cosa juzgada – Sentencia – Efectos *Inter-partes* – CPACA artículo 189 – Pretensiones de aseguradora y contratista de forma independiente

El expediente identificado con el número de radicación [...] corresponde al medio de control judicial de controversias contractuales promovido por el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva en contra del Consorcio Lopesan Fronpeca y de Seguros del Estado SA.

[...]

[...] es claro que (i) existe una sentencia judicial ejecutoriada en la cual se declaró el incumplimiento contractual del Consorcio [...] y, (ii) un auto en firme que denegó la nulidad del proceso judicial por la supuestamente indebida vinculación del consorcio al proceso, decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada en relación con los asuntos allí decididos. En esas condiciones, no es posible analizar en este caso los reparos del apelante relacionados con el hecho de que la entidad contratante fue incumplida o si estuvo justificado el incumplimiento del contratista por la conducta de su contraparte o si fue o no vinculado en legal forma al proceso, aspectos frente a los cuales operó la cosa juzgada; tampoco hay lugar a analizar los pormenores procesales de dicho proceso judicial.

se declarará probada, de oficio, la excepción de cosa juzgada (i) en relación con la pretensión 1.1.5 de la demanda dirigida a que se determine que el incumplimiento del contratista fue correlativo al de su contraparte, por cuanto judicialmente se definió que fue el contratista quien incumplió el negocio y así se declaró mediante sentencia debidamente ejecutoriada, lo cual priva de cualquier efecto vinculante al acto contractual de la entidad a través del cual emitió pronunciamiento sobre este aspecto y (ii) respecto de la supuesta indebida vinculación del contratista al proceso judicial en el cual fue proferida, lo cual impide analizar de fondo los reparos de apelación relacionados con estos aspectos.

[...]

La Compañía Seguros del Estado SA, garante del contrato de obra [...] objeto del presente litigio, presentó una demanda en ejercicio del medio de control judicial de controversias contractuales en contra del HUN ESE con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones 0011 de 2015 y 0275 de 2015, a través de las cuales se declaró el siniestro de incumplimiento del contrato y se hizo efectiva la garantía.

[...]

Mediante sentencia proferida el 13 de junio de 2023 (...) el Tribunal Administrativo del Huila denegó las súplicas de la demanda [...] La mencionada sentencia fue apelada por la compañía aseguradora el recuso se concedió ante esta Corporación y está pendiente de decisión ante la Subsección C de la Sección Tercera [...]

[...]

Aunque los cargos de nulidad formulados en el expediente con número de radicación [...] son similares a las que se sustentan la demanda que ahora se resuelve, lo que en aquel se decida solo está llamado a tener efectos Inter partes y, por consiguiente, no tiene incidencia en este litigio en el cual funge como demandante la parte contratista.

Aunque los cargos de nulidad formulados en el expediente con número de radicación [...] son similares a las que se sustentan la demanda que ahora se resuelve, lo que en aquel se decida solo está llamado a tener efectos inter partes y, por consiguiente, no tiene incidencia en este litigio en el cual funge como demandante la parte contratista, quien en ejercicio de su derecho de acción instauró una específica controversia y tiene derecho a que esta le sea definida de fondo, aunque la garante del contrato haya formulado similares súplicas y cargos en proceso judicial distinto. Lo anterior en aplicación del mandato contenido en el artículo 189 del CPACA según el cual "la sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes".

[...]

Para la Sala, las reclamaciones judiciales formuladas por contratista y aseguradora son susceptibles de ser definidas en forma independiente, en tanto obedecen a la reivindicación judicial de garantías subjetivas individuales que bien pueden decidir ejercer o abstenerse de hacerlo

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ESE – Ley 100 de 1993 artículo 195 – Posibilidad de utilizar cláusulas exorbitantes – EGCAP

[...] el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 asigna un régimen de derecho privado a los contratos que suscriban las empresas sociales del Estado, sin perjuicio de la posibilidad de "utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de la administración pública".

ACTOS EXPEDIDOS POR PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS – Sentencia de unificación – No ostenta naturaleza de actos administrativos – Derecho privado – Análisis desde la perspectiva del cumplimiento contractual – Actos unilaterales – Acuerdo entre las partes – Extensión de efectos a los actos de la ESE – Actos de liquidación unilateral y declaración de incumplimiento – No son actos administrativos

En sentencia de 9 de mayo de 2024, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de estimar que los actos expedidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no ostentan la naturaleza de actos administrativos porque en sus relaciones negociales se rigen por el derecho privado [...] se debe adecuar la demanda y reconducirla para obtener decisión de fondo y examinar el negocio desde la perspectiva del cumplimiento contractual con el fin de determinar si el accionante tiene derecho a obtener lo pretendido.

En la aludida sentencia la Sección Tercera precisó que, sin perjuicio del régimen sustancial de derecho privado es perfectamente viable pactar prerrogativas para que una de las partes ejecute algún acto unilateral; no obstante, estas deben ejercerse “en beneficio mutuo de las partes, bajo el imperativo de la buena fe en materia contractual que impone actuar con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces [...]”.

[...]

[...] para el caso específico de las empresas sociales del Estado, en forma similar a lo que ocurre con las ESP, la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de pactar y ejercer las “cláusulas exorbitantes” previstas en el EGCP y en el contrato se pactaron las de interpretación, modificación y terminación unilateral [...] las ESE pueden expedir los actos administrativos por medio de los cuales se ejerzan, aspecto que, en la lógica de la sentencia de unificación que se analiza, no varía el régimen jurídico privado del contrato en los demás aspectos, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la función administrativa en su condición de entes públicos del sector descentralizado por servicios.

En ese contexto, los actos por los cuales se liquidó unilateralmente el contrato estatal objeto de la litis y se declaró su incumplimiento no se enmarcan en la categoría de actos administrativos y, en tal virtud, las súplicas de la demanda han de resolverse desde la perspectiva del incumplimiento contractual y de la buena fe, en aplicación de la jurisprudencia unificada de la Sala respecto de la naturaleza de los actos contractuales expedidos por las entidades exceptuadas del ECGP.

LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Acuerdo entre las partes

Las partes acordaron dos escenarios que posibilitaban el ejercicio de la potestad unilateral de liquidación: (i) que el contratista no se presente o, (ii) que las partes no logren acuerdo. En este caso, no es un hecho discutido el que las partes adelantaron negociaciones para intentar liquidar de común acuerdo el negocio jurídico y así aparece acreditado en el proceso; sin embargo, no lograron un acuerdo como se reconoce en la demanda, situación que habilitaba la posibilidad de liquidarlo unilateralmente. La existencia de negociaciones previas a la declaración de incumplimiento no sustenta una conducta antijurídica del HUN.

ACTOS ADMINISTRATIVOS – Definición – ELEMENTOS DE LA VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO–Competencia – Garantía del Debido Proceso

La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que es acto administrativo toda declaración de voluntad unilateral, que puede ser general o particular, con efectos jurídicos directos, en ejercicio de la función administrativa, expedido por una entidad pública o un particular que ejerce la función administrativa, elementos sin los cuales este no existe y/o no nace a la vida jurídica, o deviene en una figura distinta, sin que ello necesariamente requiera de una declaración.

Por su parte, son elementos de la validez del acto administrativo que se emita con competencia, motivación, una finalidad pública y un objeto y causa lícitos, en garantía

del debido proceso y con respeto de la normativa superior, aspectos sin los cuales, aunque esa declaración de la Administración hubiera nacido a la vida jurídica, se encontraría viciado en su legalidad, circunstancia que podría ponerse de presente en la sede administrativa al recurrir la decisión, o ante el juez contencioso administrativo.

LOS VICIOS DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – Medios de control

[...] En efecto, el legislador estableció en el artículo 137 de ese estatuto los vicios de legalidad de los actos administrativos, en punto a los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido de que, de incurrir en una infracción de las normas superiores y/o expedirse en forma irregular, en desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o desviación de poder, deberán anularse, eso sí, siempre que ello se haya pedido por la parte interesada.

ELEMENTO DE LA EFICACIA – Definición – Generalidades – Deber de Publicar los Actos Administrativos Generales

[...] De otro lado, se han catalogado como elementos de la eficacia la publicación y/o comunicación de los actos administrativos generales y la notificación y/o el conocimiento de los actos administrativos particulares a sus destinatarios, de ahí que, en caso de existir vicios en torno a tales elementos, dicha decisión existe y, eventualmente, será válida, pero resulta a todas luces inoponible, por lo que sus efectos jurídicos directos - *creación, modificación o extinción de un derecho, deber u obligación*- no se pueden predicar respecto a la persona, el sector o la población frente a la cual se tomó la decisión.

Así pues, los artículos 65 y 66 del CPACA reafirman el deber de publicar los actos administrativos generales en el diario oficial o las gacetas territoriales, a la vez que disponen la notificación de los actos administrativos particulares, *so pena* de que no sean obligatorios.

GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL – Garantías – Selección Objetiva, La Transparencia y la Economía – EGCAP

[...] El legislador de la Ley 80 de 1993 -y sus reformas, contenidas en normas como las Leyes 1150 de 2007 y 1882 de 2018- instituyó un estatuto -*General de la Contratación de la Administración Pública -EGCAP-*, que buscó dotar la contratación del Estado de unas reglas de juego especiales para que así se garantizaran mandatos constitucionales como la selección objetiva, la transparencia y la economía, motivo por el cual incorporó no solo procedimientos de selección y potestades excepcionales, sino también la obligación de suscripción de garantías para asegurar la suscripción del contrato, proteger los recursos públicos, así como respaldar la estabilidad y calidad de la obra o los servicios adquiridos, de manera que aquellas se deben interpretar conjuntamente con el contrato estatal una vez se pactan, aunque son negocios jurídicos distintos y autónomos, y en general, sugestión le corresponde al oferente y posterior contratista.

Es así como el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 atribuyó a las entidades estatales el deber de adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

En general, en el EGCAP y su reglamento se concibieron como garantías el contrato de seguro, el patrimonio autónomo y la garantía bancaria¹²⁶⁻¹²⁷, así como las coberturas de seriedad de la propuesta, incumplimiento *-que incluye el buen manejo del anticipo, la devolución del pago anticipado, el cumplimiento propiamente y el pago de prestaciones sociales-* y la estabilidad de la obra *-que incluye la estabilidad la calidad y el correcto funcionamiento-*, entre otras.

GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – Objeto Contractual

Frente a la garantía de cumplimiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que tiene por fin respaldar la satisfacción de todas las obligaciones que surgen a cargo del contratista frente a la entidad estatal, y respecto al buen manejo y correcta inversión del anticipo, ha argumentado que cubre los perjuicios sufridos por: *i)* la no inversión del anticipo, *ii)* su uso indebido, y/o *iii)* su aprobación indebida, motivo por el cual se busca otorgar un respaldo a la entidad estatal cuando dicho emolumento es indebidamente utilizado durante la ejecución negocial, considerando que se debe destinar a los gastos iniciales de la concreción del objeto contractual.

FACULTAD PARA IMPOSICIÓN DE MULTAS – Alcance – Declaración de Incumplimiento – Artículo 86 de la Ley 1474 – Estatuto de Anticorrupción – Ejecución Contractual

Por otro lado, vale decir que durante la ejecución contractual las entidades estatales sometidas a la Ley 80 de 1993 y sus reformas se encuentran habilitadas para imponer multas conminatorias, sanciones o para declarar el incumplimiento en forma definitiva, en virtud del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011132 - *Estatuto Anticorrupción-*, trámite frente al cual la jurisprudencia de la

Sección Tercera ha efectuado precisiones, en punto a señalar que las multas buscan exhortar al contratista a corregir las falencias obligacionales en el curso de la concreción del objeto contractual, por lo que no son resarcitorias, sino conminatorias; las sanciones persiguen penalizar el actuar indebido del contratista; mientras que la declaratoria de incumplimiento es definitiva y puede llevar a que, adicionalmente, como producto de dicho mecanismo, se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria y, eventualmente, la garantía de cumplimiento mediante la declaratoria del siniestro, por lo que las tres figuras tienen distinto alcance.

Frente a la facultad de la Administración en materia contractual, materializada a través de la imposición de multas y/o la declaratoria de incumplimiento, la norma antes citada exige que, evidenciado un posible desconocimiento obligacional, la entidad pública debe citar al contratista y al garante *-en caso de que la garantía consista en una póliza de seguros, como lo dispuso el legislador-* a una audiencia para debatir lo ocurrido, haciendo mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, junto con el informe de la

interventoría y la supervisión, y convocando la audiencia definitiva *"que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible"*.

Durante la audiencia, la entidad presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, para lo cual enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en el desarrollo de la actuación. Luego, concederá la palabra al contratista y al garante para que presenten descargos y alleguen las pruebas del caso y, tras ello, proferirá decisión motivada, donde consignará lo ocurrido durante la audiencia y decidirá sobre la imposición o no de las multas, las sanciones o la declaratoria de incumplimiento *-entre otras determinaciones-*, decisión sobre la cual solo procede el recurso de reposición, que se interpondrá y resolverá en la misma diligencia.

Todas las actuaciones dictadas con ocasión de la audiencia serán notificadas allí. Finalmente, el legislador dispuso que la audiencia podría suspenderse de oficio o a petición de parte, cuando fuera necesario para practicar pruebas que se estimen pertinentes, o para el correcto desarrollo de la actuación administrativa.

El anterior procedimiento, de raigambre especial, persigue la protección del patrimonio público, por lo que es expedito y sobrio, sin que se hubieran consagrado mayores exigencias rituales, sino que basta con citar al contratista y al garante, así como en el curso de la audiencia se dictan y notifican las actuaciones que haya lugar a proferir, por lo que no corresponde establecer formalismos mayores a los previstos por el propio legislador, pues ello tornaría en inocuo, ineficaz y tardío el poder sancionatorio que se le otorgó a las entidades del Estado.

ESPECIALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE LA LEY 1474 DE 2011 ARTÍCULO 86 – Incumplimiento en Sede Contractual – Acuerdo de Voluntades – Carácter supletorio del CPACA – Ausencia total de Regulación sobre un Determinado Asunto

[...] Ciertamente, la jurisprudencia de esta Subsección ha sostenido que el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es especial y regula **integralmente las sanciones de multa e incumplimiento en sede contractual**, tratándose de contratos sometidos al EGCAP, por lo que solo se ha de acudir al CPACA supletivamente, en aquellos casos donde exista una ausencia total de regulación sobre un asunto determinado.

Al punto, la doctrina especializada considera que *"se trata de un procedimiento administrativo particular, que no se sujeta al dispuesto en los artículos 47 a 52 del CPACA, salvo para suplir sus vacíos, en cuyo caso se debe acudir primero a la parte especial del procedimiento sancionatorio -arts. 47 a 52- y en su defecto a la parte general del mismo CPACA, y que se surte por unas reglas propias previstas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011"*.

En ese orden de ideas, es claro que el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es regulado ampliamente por esa misma norma, por lo que prevalece frente al

procedimiento residual del CPACA y, por ende, solo se acudirá a la segunda norma ante vacíos totales sobre algún asunto relacionado.

Por último, considerando que la aseguradora es garante de las obligaciones del contrato, está facultada para intervenir en el procedimiento a efectos de defender sus intereses y los del contratista -sin que en todo caso pueda reemplazar a las partes del acuerdo de voluntades en el ejercicio de las prerrogativas inherentes a aquellos-, para lo cual, en general, como tercero del iter negocial, basta la comunicación de las diligencias a realizarse para que, si a bien lo tiene, ejerza el debido proceso -en virtud del cual puede presentar descargos, aportar y contradecir pruebas, e interponer recursos, entre otros-, y en la misma audiencia se le notifica la decisión correspondiente, incluso si se declara el siniestro en esa diligencia, en concordancia con el inciso 4 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

Bogotá DC, diecisiete (17) de abril de dos mil veintiséis (2026)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: LOPESAN ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES
SUCURSAL COLOMBIA Y CONSTRUCTORA
HERREÑA FRONPECA SUCURSAL COLOMBIA
(INTEGRANTES DEL CONSORCIO LOPESAN
FRONPECA)
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNÁNDO
MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA ESE
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: NULIDAD DE ACTOS CONTRACTUALES EN
CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LAS
EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO –
LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL NEGOCIO

Síntesis del caso: las partes suscribieron un contrato para la construcción de la primera fase de la torre materno infantil de alta complejidad de la ESE. El contratista demanda la nulidad de las decisiones a través de las cuales su contraparte declaró el incumplimiento del contrato y lo liquidó unilateralmente. El tribunal de primera instancia denegó las súplicas por estimar no acreditados los cargos de nulidad. Se modifica la decisión para declarar probada parcialmente la excepción de cosa juzgada y se mantiene la decisión adversa a las demás pretensiones.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 11 de febrero 2025 por el Tribunal Administrativo del Huila, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 5 de julio de 2016 (fl. 99 cuaderno 1 5EE53626BA0BB1F5 7DA7B042DD65DB78 EAF107507B9FC776 1C7336C9E34721AA¹), las sociedades Constructora Herreña

¹ La totalidad del expediente se encuentra digitalizado en el índice 171 SAMAI del tribunal de primera instancia, por lo cual se citará en adelante únicamente el nombre del archivo con el cual se incorporó cada cuaderno en el mencionado índice.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

Fronpeca Sucursal Colombia y Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia (integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca) promovieron demanda en ejercicio del medio de control judicial de controversias contractuales en contra del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva ESE (HUN ESE), con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1. DECLARATIVAS.

1.1.1. Que se declare la NULIDAD, por violación de la Ley y la Constitución Política de Colombia, de la RESOLUCIÓN No. 0917 de noviembre 08 de 2.013, por medio de la cual, la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA, resolvió LIQUIDAR UNILATERALMENTE el Contrato de Obra No. 242, celebrado el 19 de septiembre de 2.011, entre la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA y el CONSORCIO LOPESAN FRONPECA.

1.1.2. Que se declare la NULIDAD, por violación de la Ley y la Constitución Política de Colombia, de la RESOLUCIÓN No. 302 de abril 10 de 2.014, por medio de la cual la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA, resolvió los Recursos de Reposición interpuestos por el Consorcio LOPESAN FRONPECA y la empresa aseguradora SEGUROS DEL ESTADO, y confirmó la Resolución No. 0917 de 2013 por la cual se liquidó unilateralmente el contrato de obra pública No. 242 de 2011; y aclaró la Resolución No. 0917 de 2013, **en el sentido de que el valor asegurado por concepto del monto no amortizado del anticipo** entregado al CONSORCIO LOPESAN FRONPECA Póliza 42-44-101042978 de SEGUROS DEL ESTADO - correspondió a la suma de DOS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$2.593.753.958,32) COP, para efectos del trámite de cobro de esta suma a la Compañía Aseguradora.

1.1.3. Que se declare la NULIDAD, por violación de la Ley y la Constitución Política de Colombia, de la Resolución No. 0011 de enero 08 de 2015, por medio de la cual la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA, RESOLVIÓ DECLARAR la ocurrencia del SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO del Contrato de Obra No. 242 de 2011.

1.1.4. Que se declare la NULIDAD, por violación de la Ley y la Constitución Política de Colombia, de la Resolución No. 0275 de marzo 24 de 2015 por la cual se resolvió los recursos de reposición interpuestos por el Consorcio Contratista y la Empresa Aseguradora Seguros del Estado, contra la Resolución No. 0011 de 2015, que declaró la ocurrencia de siniestro de incumplimiento del Contrato de obra pública No. 242 de 2011.

1.1.5. Que se declare que el Contrato de Obra Pública No. 242 de 2011, no se ejecutó en un cien por ciento (100%) el objeto contratado por causas no imputables al Contratista, sino imputables a la Entidad Contratante.

1.2. DE CONDENA

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

1.2.1. Que, como consecuencia de la Declaración de la Nulidad de los Actos Administrativos referidos en las Pretensiones 1.1.1., y 1.1.2., se resuelva declarar el RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, condenando, a título de INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ocasionados por su Actuación y por la expedición de los Actos Administrativos, RESOLUCIÓN No. 0917 de Noviembre 08 de 2013 y, RESOLUCIÓN 302 de Abril 10 de 2014, a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA, a un pago a favor del CONSORCIO LOPESAN FRONPECA y/o a las empresas que lo integran LOPESAN ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES SUCURSAL COLOMBIA y CONSTRUCTORA HERREÑA FRONPECA SUCURSAL COLOMBIA, de los siguientes montos de dinero: CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL DOS CIENTOS DIECISIETE PESOS (\$5.364.585.217.) COP; equivalentes a SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (7.781 SMLMV).

1.2.2. Que, como consecuencia de la declaratoria de Nulidad de los Actos Administrativos referidos en las pretensiones 1.1.3. y 1.1.4., se ordene a la entidad contratante oficiar, a la Cámara de Comercio en donde se registró el incumplimiento declarado, solicitando que se levante el respectivo registro y anotación.

1.2.3. Que, en relación con los perjuicios ocasionados con la expedición de los Actos Administrativos referidos en las pretensiones 1.1.3., y 1.1.4., se condene en abstracto a la entidad demandada, conforme al Artículo 193 del C.P.A.C.A.

1.2.4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2.5. Que se declare que el monto indemnizatorio debe actualizarse o corregirse monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la fecha de causación del daño y la fecha del pago efectivo; al igual que por los intereses que esas sumas de dinero ocasionaron entre la fecha de causación del daño y la fecha del pago efectivo.

1.2.6. A la sentencia que ponga fin al proceso, se le dará el cumplimiento en los términos del artículo 192 y siguientes del NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (LEY 1437 de 2011).

1.2.7. Que como consecuencia de la declaración de prosperidad de la Pretensión 1.1.5., donde se solicita que se declare que el Contrato de Obra Pública No. 242 de 2011, no se ejecutó en un cien por ciento (100%) el objeto contratado por causas no imputables al Contratista, sino imputables a la Entidad Contratante; se condene al CONTRATANTE, reconocer y pagar al CONTRATISTA los perjuicios que se le causaron por no haber ejecutado la totalidad del contrato, correspondiendo al porcentaje no ejecutado del Contrato y a la utilidad dejada de recibir por esa no ejecución. La suma por este concepto asciende aproximadamente a SEIS CIENTOS ONCE MILLONES DOS CIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$611.261.451) COP.” (fl. 91 y ss cdno DD9072B34D648158 8939BBBE9422ABF2 324A6529EF6EF383 78F887CB3210FF4 – negrillas y mayúsculas fijas del original).

2. Hechos

Como sustento fáctico de las peticiones de la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

1) Entre el Departamento del Huila y el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva ESE se suscribieron los convenios números 238 de 2008, 243 de 2009 y 0086 de 2010 con el fin de aunar esfuerzos para la adquisición del terreno, diseño y construcción de la torre materno infantil de alta complejidad de la ESE, a quien le correspondía contratar la primera fase de construcción de la edificación, para lo cual, previa convocatoria pública, escogió al Consorcio Lopesan Fronpeca - integrado por las sociedades Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia- y suscribió con este el contrato número 242 de 19 de septiembre de 2011, con un plazo inicial de un año.

2) La ejecución del contrato de obra inició el 14 de octubre de 2011 y las partes pactaron dos (2) adiciones de plazo (modificatorio número 2, 60 días y modificatorio número 4, 33 días), con lo cual se extendió hasta el 24 de enero de 2013.

3) El 9 de enero de 2013, el consorcio contratista solicitó una nueva ampliación del plazo y la interventoría calculó que sería concedida por 39 días, lo cual no aceptó el consorcio; el último día de ejecución se suscribió el contrato modificatorio número 5, que había sido enviado por correo electrónico el día anterior por parte de la contratante y entregado por la misma vía al supervisor y en forma personal al abogado de la ESE quien lo recogió en físico en las oficinas del consorcio; con dicho acuerdo se amplió el plazo contractual en 61 días y, por ende, continuó la ejecución.

4) Sin embargo, el 28 de enero de 2013, en reunión adelantada entre las partes y el supervisor del contrato en las instalaciones de la ESE, el abogado de la contratante se negó a entregar copia del modificatorio número 5 si el consorcio no accedía a cambiar una observación realizada por este en la solicitud de prórroga (no se especificó cuál) y que en caso de no retirarla se declarararía la caducidad del contrato. El representante legal del consorcio se retiró de la reunión y el mismo día fue enterado

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

de la declaración de caducidad del contrato mediante Resolución número 053, “a la cual se le impuso falsamente como fecha de expedición la del 24 de enero de 2013” (fl. 1188 reforma de la demanda), pese a que para el día 28 de los mismos mes y año aún no había sido firmada por el representante legal de la ESE. Por estos hechos el incumplimiento del contratista fue correlativo al de su contraparte, quien se negó a suscribir las adiciones necesarias para culminar la ejecución.

5) A partir del 30 de enero de 2013, al contratista se le impidió ingresar a la obra y al día siguiente se levantó el acta de instalación de mesa de trabajo para la liquidación del negocio; seguidamente, en el mes de febrero se elaboraron actas de memoria de obra ejecutada y el acta de recibo de inventario de no perecederos del almacén.

6) Con ocasión de los recursos de reposición interpuestos por el contratista y por la garante del contrato en contra de la Resolución 053, el 11 de marzo de 2013 el HUN ESE profirió la resolución número 0447 de 2013 con al cual repuso el acto impugnado y, en su lugar, ordenó iniciar el trámite para la declaración de incumplimiento del contrato.

7) Al momento de liquidar el contrato la ESE entregó una primera propuesta en la cual reconocía una ejecución de \$10.563.236.369,14 según fue valorada por la interventoría del proyecto, y un saldo en favor del contratista de \$2.396.777.838,90; el contratista no aceptó por estimar que la ejecución fue superior (\$11.656.569.243). Durante la discusión de la liquidación, el interventor remitió un mensaje a las partes en el que aceptó una ejecución por la suma de \$11.667.781.521,82.

8) Finalmente no se logró acuerdo sobre la liquidación ni para prolongar el término para efectuarla y la ESE la adoptó unilateralmente mediante la Resolución 0917 de 8 de noviembre de 2013; sin embargo, solo reconoció obra ejecutada por la suma de \$9.672.687.338,86 y calculó un valor por ser reintegrado por parte del consorcio a la fiducia por valor de \$3.269.745.124,36, decisión que confirmó mediante la Resolución número 302 de 10 de abril de 2014, en la cual además impuso a Seguros del Estado SA, garante del contrato, el pago del monto no amortizado del anticipo por valor de \$2.593.753.958,32, aspecto que no fue resuelto en la decisión primigenia. La aseguradora pagó este monto a la contratante el 22 de mayo de 2014.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

9) El 8 de enero de 2015, sin poner en conocimiento previo de los afectados su intención de hacerlo, la ESE expidió la Resolución número 011 por la cual declaró la ocurrencia del riesgo de incumplimiento del contrato, fijó los perjuicios a cargo del contratista en la suma de \$21.968.250.789 y ordenó hacer efectivo el amparo de cumplimiento.

10) Mediante la Resolución 0275 de 2015 la entidad contratante resolvió el recurso de reposición y redujo el valor del siniestro a \$4.723.166.414,80.

3. Cargos de nulidad

La pretendida ilegalidad de las decisiones cuya validez se discute se sustentó en lo siguiente:

1) *Falta de competencia para disponer la liquidación unilateral del contrato.* El artículo 195 de la Ley 100 de 1993 prevé que las empresas sociales del Estado se rigen por un régimen de derecho privado en los contratos que suscriben, aunque la misma norma les permite hacer uso de las “*cláusulas exorbitantes*” contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública, la liquidación del contrato no hace parte de estas que están enlistadas en forma taxativa en el artículo 14 del referido cuerpo normativo.

En consecuencia, no existe habilitación legal para que la entidad liquide unilateralmente el contrato por no ser aplicables los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 ni el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, debido al régimen privado aplicable a los negocios de la contratante. Tampoco estaba facultada la ESE para regular de manera general la aplicación de dichas prerrogativas a todos los contratos que celebre y, por ende, debía pactarlas en cada contrato para poder hacer uso de estas, sin embargo, solo se acordaron las de interpretación, modificación, terminación y caducidad.

2) *Falsa motivación de la liquidación unilateral del contrato por sustentarse en una potestad inexistente.* La ESE sustentó su determinación de liquidar unilateralmente el contrato en una supuesta facultad con la cual no contaba y se arrogó potestades solamente atribuidas a determinadas autoridades. “*Sí las ESE, deciden incorporar estas prerrogativas públicas deben aplicar solamente las normas pertinentes a ellas,*

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: *Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia*
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

contenidas en la Ley 80 de 1993, sus leyes modificatorias y sus decretos reglamentarios” (fl. 35 reforma demanda); además, la entidad contratante no permitió al consorcio la posibilidad para liquidar previamente el contrato.

3) *Falsa motivación de la liquidación unilateral del contrato por incongruencia en los valores liquidados.* La entidad desconoció los conceptos respaldados por la interventoría, las actas de recibo final del contrato y las memorias de cantidades de obra ejecutadas y, en forma sorpresiva, le asignó un valor inferior, sin explicación ni sustento técnico, que desconoció las mediciones de obra realizadas por el consorcio y el interventor durante la ejecución. El consorcio contrató con la Sociedad Huilense de Ingenieros la elaboración de un dictamen pericial que concluyó que el valor de las obras ejecutadas debía ser aquel que fue aceptado por la interventoría. También se controvierte la falta de claridad del acta respecto de las sumas que supuestamente deben reintegrarse por el contratista y la aseguradora y en favor de quién.

4) *Violación de las normas en que debía fundarse la liquidación del contrato por haber sido proferido en forma extemporánea.* En subsidio de la falta de competencia para proferir el acto, debe tenerse en cuenta que este fue extemporáneo porque la liquidación unilateral solo procedía dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento para la oportunidad de liquidar el contrato bilateralmente.

5) *Falsa motivación de la liquidación del contrato por acciones irregulares relacionadas con el manejo del anticipo.* El uso de los dineros del anticipo administrados en una fiducia siempre fue autorizado por la interventoría con el fin de ser aplicados a los fines contractualmente previstos según el plan de inversión del proyecto; por lo tanto, “no se explica cuál es la razón para que en la Resolución de Liquidación Unilateral se establezca que el Consorcio Contratista no aplicó a la obra dineros del anticipo” (fl. 63 reforma demanda).

6) *Falta de competencia de la contratante para declarar el siniestro de incumplimiento del contrato.* La declaración de incumplimiento del contrato fue extemporánea porque se profirió nueve (9) meses después de la firmeza de la liquidación unilateral.

7) *Violación del derecho de audiencia y de defensa en la declaración de incumplimiento.* No se dio aplicación al procedimiento previsto en el artículo 86 de la

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

Ley 1474 de 2011 y, adicionalmente, se determinaron sumas superiores a las dispuestas en la liquidación del contrato que constituyó el cruce final y definitivo de cuentas inmodificable por las partes.

4. Oposición

En la oportunidad legal, el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva HUN ESE contestó la demanda y su reforma (fls. 1 y ss archivo 4DEA05B036CB7285 65B04E2D9282E348 0D8E16B1C88B9E08 4F83B1BCD738FFF0), con oposición a las pretensiones por lo siguiente:

- 1) La facultad para liquidar unilateralmente el contrato está conferida en el manual de contratación de la entidad (Acuerdo 017 de 2009) vigente para la época de la firma del contrato, documento que se sujetó a lo ordenado por el Ministerio de Salud en la Resolución 5285 de 2013 que regula su expedición y contenido. Esta misma facultad en favor de la ESE quedó consignada en el pliego de condiciones.
- 2) El contratista incumplió sus obligaciones, lo cual dio lugar a múltiples requerimientos que no respondió y por ello se promovió otro proceso judicial en el cual funge como demandante la entidad contratante, identificado con el número de radicación 2015-00023-00 que se tramita ante el Tribunal Administrativo del Huila, en el que persigue la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento contractual.
- 3) No se alteró la fecha de expedición de ningún acto emitido por la ESE; no podía haber prórroga del contrato porque nunca se autorizó el término de 253 días solicitado por el contratista ni este fue coaccionado.
- 4) La ESE citó oportunamente al contratista para liquidar el contrato y se conformó una mesa de trabajo que se reunió para ese efecto en varias ocasiones.
- 5) Los artículos 99 del CPACA y 17 de la Ley 1150 de 2007 facultan a las entidades estatales para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectivas las garantías otorgadas en su favor, prerrogativa que también está reconocida en el texto de la póliza de seguro que amparó el contrato.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

6) En los distintos comités técnicos y de obra, así como también en los informes y bitácoras, la interventoría y la contratante dejaron constancia de las cantidades, valores y avances de obra que revelan el bajo porcentaje de ejecución reconocido que solo llegó a un 42% de aquello inicialmente contratado.

7) En el dictamen pericial presentado por la parte demandante con el fin de sustentar su reclamo económico se incurrió en error grave por el hecho de hacer referencia a varias actas de recibo final siendo claro que solo existe una que las partes aceptaron; también se equivoca en señalar que la ESE debió recibir ítems que no fueron ejecutados en su totalidad o materiales y equipos que no fueron debidamente terminados, lo mismo que el hecho de desconocer las bitácoras de obras que registran las dificultades que enfrentó la ejecución, así como también la ausencia de capacidad técnica y financiera del contratista para culminar los trabajos.

8) Formuló las excepciones de *contrato no cumplido* por parte del contratista por haber sido este quien impidió la ejecución total, y la *ausencia de prueba de los perjuicios* reclamados por este.

5. La sentencia apelada

El 11 de febrero de 2025, el Tribunal Administrativo del Huila (índice 173 SAMAI tribunal) profirió sentencia adversa a las pretensiones de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas, por las razones que se sintetizan enseguida:

1) El contrato está regido por el derecho privado por razón de lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, esto no impide pactar potestades unilaterales en favor de uno de los extremos de la relación comercial, en este caso, el estatuto de contratación del HUN dispone que los contratos que celebre serán liquidados por las partes dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su finalización y si el contratista no se presenta o no se logra acuerdo lo hará el hospital en forma bilateral dentro de los dos (2) meses siguientes. Por su parte, en el texto del contrato se pactaron las potestades de interpretación, modificación y terminación en los términos del referido manual; en consecuencia, la entidad estaba facultada para liquidar el contrato unilateralmente, por lo cual no prospera el cargo de falta de competencia.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

- 2) Antes de liquidar unilateralmente el HUN le solicitó al consorcio los soportes documentales necesarios para hacerlo de mutuo acuerdo y no tuvo respuesta.
- 3) De igual manera, el HUN tenía competencia funcional y temporal para declarar el incumplimiento del contrato con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.
- 4) No se probó que los actos demandados estén viciados de falsa motivación y, por el contrario, está probado que desde el inicio de la ejecución el contratista incumplió sus obligaciones relacionadas con el manejo del anticipo, la designación de personal, los programas de ejecución, compra de materiales y cronograma de ejecución el cual presentaba un importante atraso (60,47% según el último informe de interventoría), por ende, no está facultada para reclamar el incumplimiento de su contraparte; prospera por tanto la excepción de contrato no cumplido.
- 5) Aunque se recaudaron dos (2) testimonios de personas que intentaron responsabilizar al hospital por la supuesta imposición de requisitos no pactados y el ejercicio de presiones indebidas al contratista, otros dos (2) testigos declararon sobre los incumplimientos que también aparecen acreditados con la abundante evidencia documental acopiada, por lo cual se da crédito a estos últimos.
- 6) La prueba pericial que se presentó por el consorcio contratista carece de rigor técnico, se limita a afirmar que el plazo de ejecución fue insuficiente y que la administración no concedió las prórrogas necesarias, sin tener en cuenta que ello no exime al contratista de su deber de cumplir; también carece de un análisis técnico y financiero detallado que permita identificar la capacidad técnica, administrativa y operativa del consorcio contratista.
- 7) Por otra parte, la garantía del contrato amparaba los riesgos asociados al buen manejo del anticipo, correspondientes a (i) no inversión, (ii) uso indebido y, (iii) apropiación. Se demostró que ocurrió el segundo de los referidos supuestos porque no se aplicaron los dineros a la obra ni se reintegraron a la fiducia los recursos no aplicados.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

8) En el séptimo comité técnico ordinario realizado en julio de 2012 se hizo mención de irregularidades en el manejo del anticipo por parte del contratista porque los pagos no se reflejaban en el avance de obra; seguidamente, en el último comité técnico se dejó constancia de la omisión del contratista de reintegrar el anticipo destinado a subcontratos, la contratista indicó que los recursos fueron invertidos en la obra y la entidad insistió en que no podían usarse para fines distintos a aquellos para los que fueron entregados. Por lo expuesto, hubo mal manejo de anticipo y se configuró el amparo que el HUN hizo efectivo.

9) En cualquier caso, el tribunal de primera instancia ya se había pronunciado previamente en sentencia de 3 de junio de 2023 en lo referente a la legalidad de la declaración del siniestro y efectividad de las garantías, con lo cual se produjo “agotamiento de la jurisdicción” sobre el punto.

6. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante formuló recurso de apelación en su contra (índice 178 SAMAI) con sustento en las razones de inconformidad se sintetizan a continuación:

1) Existen otros dos procesos judiciales tramitados ante el mismo tribunal de primera instancia cuya acumulación se denegó en primera instancia por el hecho de hallarse en escenarios procesales distintos que lo impedían; el primero, (2017-00202-00) en el cual Seguros del Estado SA pretendió la nulidad de la liquidación unilateral y, el segundo (2015-00023-00), promovido por el HUN en contra del contratista dirigido a que se declare su incumplimiento, se haga efectiva la garantía y se condene al consorcio al pago de una indemnización de perjuicios.

Estos dos procesos fueron decididos en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Huila; en el primero de ellos se mantuvo incólume la liquidación unilateral realizada por el HUN; en el segundo, se declaró incumplido al contratista, se le condenó en abstracto a indemnizar los perjuicios y se declaró la ocurrencia del siniestro, todo esto a pesar de que la administración ya había adoptado decisión sobre este aspecto en los actos que ahora se demandan, aspectos que se deben tener en cuenta al momento de decidir.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

2) En la sentencia apelada se desconoció que las partes adelantaban tratativas para liquidar el negocio; por lo tanto, la falta de aportación de unos documentos no es suficiente para concluir que el contratista no estaba interesado en la liquidación bilateral, por el contrario, hay prueba de que se discutieron tres posibles escenarios de liquidación bilateral y las negociaciones entre las partes para pactarla terminaron sin éxito porque el HUN decidió no reconocer unas obras ya ejecutadas ni tampoco unos equipos ya comprados por el hecho de que no habían sido instalados aún, lo cual no era posible porque ello procedía una vez terminada la obra blanca.

3) Los múltiples incumplimientos que afectaron la ejecución del proyecto son imputables a la contratante y el *a quo* omitió valorar este aspecto. Se dejó de dar crédito a los testigos de cargo que dieron cuenta de los incumplimientos de la contratante y se dio pleno valor a las declaraciones que favorecían al HUN ESE, sin ningún argumento que sustente esa determinación.

4) La sentencia proferida en el proceso cuya demanda fue instaurada por el HUN ESE quedó en firme por la inactividad de *“un apoderado de oficio de quien luego se supo que ni siquiera fue notificado de la sentencia, y que tampoco podía ser notificado en razón a que había asumido un cargo público que le impedía ejercer la profesión”*; el consorcio ni sus integrantes fueron formalmente vinculados a ese trámite. En todo caso, se desconoce si está vigente la declaración de incumplimiento contenida en el acto demandado o la ordenada en sentencia judicial por el Tribunal Administrativo del Huila.

5) El tribunal *a quo* no sustentó los argumentos relacionados con la supuesta falta de idoneidad del dictamen pericial y se limitó a desecharlo por carecer de rigor técnico, sin exponer o argumentar cómo llegó a esa conclusión.

6) En relación con la efectividad de la garantía, el tribunal desconoció que los recursos del anticipo estaban manejados a través de un encargo fiduciario y el contratista no tenía la administración de los recursos; para hacer uso de estos dineros existía un procedimiento que involucraba a la contratante y a la interventoría; por ende, si se presentan dificultades relacionadas con el manejo de estos recursos el reclamo debe

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

dirigirse contra el proveedor de bienes y servicios que haya incumplido el correspondiente contrato.

7) Si se produjo un “*agotamiento de jurisdicción*” frente a los actos que hicieron efectiva la garantía del contrato, como lo afirmó el tribunal en la parte motiva del fallo, así debió declararse en el acápite resolutivo de la sentencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide, corresponde resolver de fondo² el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: *(i)* objeto de la controversia y anuncio de la decisión, *(ii)* contenido, alcance y consecuencia de la sentencia proferida en el proceso número 4100123330002015-00023-00 en relación con la controversia que ahora se decide, *(iii)* contenido, alcance y consecuencias de la sentencia judicial proferida en el expediente número 410012333000-2017-00202-00, respecto de la controversia que ahora se decide, *(iv)* naturaleza de las decisiones demandadas y decisión del recurso, *(v)* la liquidación del negocio, *(vi)* la declaración de incumplimiento contractual y, *(vii)* costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) La demanda se dirigió a obtener la declaración de nulidad de los actos por medio de los cuales la entidad contratante liquidó unilateralmente el contrato, por estimarse que esta carecía de competencia para proferirlos *(i)* por razón del régimen privado

² Se advierte que no operó la caducidad del medio de control jurisdiccional ejercido con la demanda porque el contrato se liquidó mediante Resolución número 0917 de 8 de noviembre de 2013, la cual fue confirmada mediante Resolución número 302 de 19 de abril de 2014 (fl. 79 y ss cdno pruebas 5 documento 87B417B676C75D49 9051D719B616149E 694412246FA8C623 43C8BBDDCE4A869C), a partir del día siguiente inició a contabilizarse la caducidad del medio de control de controversias contractuales; sin embargo, estuvo suspendida desde el 8 de abril de 2016, cuando el consorcio demandante promovió una solicitud de conciliación relacionada con la validez de la liquidación unilateral del contrato (fl. 752 cdno. 7 pruebas demanda archivo (000BF48210DEBF2B 3476DFBDAA099279 F6D0A2F4562759AE FB7EF168F334C821), hasta el 5 de julio de 2016 (fl. 1038 y ss cdno. AB26DD339891A3CA AAA3BE3DCF7AEB3D 947D8AC63FFFEB78 C636D74E6D7218AA) cuando se declaró fallido dicho trámite. En consecuencia, la demanda promovida el 5 de julio de 2016 (fl. 99 cuaderno 1), fue oportuna. A similar conclusión se arriba con las súplicas dirigidas a cuestionar la validez de la declaración de incumplimiento del contrato, proferida luego de la liquidación y que quedó en firme mediante Resolución del 24 de marzo de 2015.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

aplicable al negocio y haber sido proferido por fuera del plazo legal de dos (2) meses, (ii) por el hecho de no haber permitido la oportunidad para hacerlo en forma bilateral, (iii) por desconocimiento de las cantidades de obra efectivamente ejecutadas y, (iv) por falsa motivación por la afirmación de que los dineros del anticipo no fueron aplicados a la obra. De igual manera, se demanda la ilegalidad de la declaración de incumplimiento del contrato porque fue proferida en forma extemporánea, luego de la liquidación, con inclusión de sumas diferentes a las contenidas en el cruce final de cuentas dispuesto por la entidad y, con desconocimiento de la garantía del debido proceso; a título de restablecimiento del derecho se pretende el pago de \$5.364.585.217 y que se disponga en abstracto la indemnización de perjuicios. También se deprecia que se declare que la no ejecución del contrato es imputable al HUN por el hecho de no haber suscrito la prórroga del contrato y que se ordene a la Cámara de Comercio correspondiente levantar el registro relacionado con el incumplimiento contractual.

2) El Tribunal Administrativo del Huila denegó las súplicas por estimar que, (i) si bien el contrato se rige en lo sustancial por el derecho privado, las partes pactaron la prerrogativa unilateral de liquidación en favor de la entidad contratante la cual está contenida en el manual de contratación del HUN; (ii) el contratista fue citado en forma previa para intentar la liquidación bilateral según la regla contractual aplicable; (iii) no se acreditó el vicio de falsa motivación porque el contratista había incumplido sus obligaciones y presentaba atraso en la ejecución, circunstancia que le impide reclamar el incumplimiento de su contraparte; de igual manera, el HUN tenía competencia funcional y temporal para declarar el incumplimiento del contrato con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; (iv) la prueba pericial practicada en el curso del proceso en la cual se concluyó que el HUN no concedió el plazo necesario para la ejecución carece de rigor técnico; (v) las declaraciones de quienes sostienen el incumplimiento de la entidad fueron desvirtuadas documentalmente y con otras declaraciones; (vi) se acreditó el mal manejo del anticipo y se configuró el siniestro cuyo amparo se hizo efectivo y, (vii) existía una sentencia judicial anterior proferida en otro proceso judicial que avaló la legalidad de dicho acto, con lo cual se agotó la jurisdicción sobre este tópico.

3) La parte demandante apeló únicamente los siguientes aspectos: (i) se debe tener en cuenta que existen dos sentencias judiciales relacionadas con la validez de la

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

liquidación judicial y de la efectividad de la garantía que se deben analizar al momento de fallar, así como también la circunstancia de que el consorcio y sus integrantes no fueron formalmente vinculados a la demanda que por incumplimiento contractual formuló el HUN y que fue decidida en una de ellas; (ii) el tribunal desconoció que las partes adelantaban negociaciones para liquidar el contrato y las desconoció en forma indebida por la falta de aportación de unos documentos; (iii) los múltiples incumplimientos que afectaron la ejecución del proyecto son imputables a la contratante y el tribunal omitió valorar este aspecto; (iv) la supuesta falta de idoneidad del dictamen pericial no fue sustentada por el *a quo*; (v) se desconoció que el anticipo era manejado a través de una fiducia y que los desembolsos se realizaban previo el procedimiento previsto para el efecto, por lo cual el reclamo por su uso indebido debe dirigirse contra el proveedor que recibió los correspondientes pagos y, (vi) el agotamiento de jurisdicción que invocó el tribunal debió declararse en la parte resolutive de la sentencia.

4) La Sala modificará la sentencia apelada y, en su lugar, declarará probada, de oficio, la excepción de cosa juzgada en cuanto a la pretensión número 1.1.5 de la demanda toda vez que el incumplimiento del contratista fue declarado judicialmente, y al cargo de la demanda y de apelación que se sustenta en la supuesta indebida vinculación al proceso en el cual se profirió la mencionada decisión, porque este asunto se decidió en forma definitiva con las providencias que desataron el incidente de nulidad que promovió el interesado; por otra parte, confirmará la sentencia en tanto fue adversa a las demás súplicas porque los específicos cargos de impugnación formulados no están llamados a prosperar.

2. Contenido, alcance y consecuencias de la sentencia judicial proferida en el expediente número 4100123330002015-00023-00, en relación con la controversia que ahora se decide

1) En primer lugar, debe analizarse, como lo reclama el apelante, si la decisión judicial proferida en el mencionado expediente judicial tiene impacto en la decisión que corresponde adoptar en esta instancia. Para tal efecto, consultado el expediente correspondiente a través del aplicativo SAMAI en donde reposa en forma digital, se constató lo siguiente.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

2) El expediente identificado con el número de radicación 410012333000-2015-00023-00 corresponde al medio de control judicial de controversias contractuales promovido por el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva en contra del Consorcio Lopesan Fronpeca y de Seguros del Estado SA, con el fin de que declarara el incumplimiento del contrato de obra pública número 242 de 2011 que tuvo por objeto la construcción de la Fase I de la torre materno infantil de la ESE -mismo negocio que es objeto de la presente controversia- y que se les condenara al pago de los perjuicios ocasionados.

3) En sentencia de 8 de marzo de 2022 el Tribunal Administrativo del Huila (índice 100 SAMAI tribunal) profirió sentencia de primera instancia, precisó que Seguros del Estado SA fue desvinculado del trámite durante la audiencia inicial y decidió de fondo las súplicas de la siguiente forma:

PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato de obra No. 242 de 2011 por parte del Consorcio Lopesan Fronpeca, celebrado entre este Consorcio y la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo.

SEGUNDO: Condenar en abstracto al Consorcio Lopesan Fronpeca integrado por las sociedades Constructora Hereña Fronpeca Sucursal Colombia y Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia, a pagar en favor de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, conforme al artículo 193 del CPACA y, mediante trámite incidental, la liquidación de los perjuicios que a título de daño emergente y lucro cesante se hayan causado a la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo por el incumplimiento del contrato de obra 242 de 2011 por parte del Consorcio Lopesan Fronpeca, con la inclusión de los siguientes parámetros de liquidación:

a. El porcentaje de no ejecución de las obras por parte del Consorcio Lopesan Fronpeca es del 58.60% para efectos de determinar los perjuicios a título de daño emergente.

b. Se deben soportar cada uno de los gastos que se pretenden cobrar a título de daño emergente, aportando los contratos y liquidaciones de los mismos, o pagos parciales, órdenes de pago o demás documentos que soporten los pagos realizados, que haya suscrito la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo para terminar la obra correspondiente a la Fase I de la construcción de la Torre Materno Infantil objeto del contrato que mediante la presente sentencia se declara incumplido por el contratista.

c. El cálculo del lucro cesante dejado de percibir debe realizarse a partir del 25 de abril de 2013, como quiera que en el informe presentado por la testigo Svetlana Ramos Peña señala esta fecha como la que debió haber entrado en funcionamiento la Torre Materno Infantil, teniendo en cuenta que el plazo de ejecución del contrato venció el 27 de enero de 2013

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

d. Se debe establecer técnicamente la fecha hasta la cual se calcula el lucro cesante, teniendo en cuenta la fecha de puesta en funcionamiento de la torre materno infantil, debidamente justificada.

e. Se debe calcular el lucro cesante teniendo en cuenta los servicios que se prestan en la torre materno infantil, los valores específicos que se cobran en los diferentes tipos de habitación que componen la torre materno infantil, diferenciando las patologías que se tratan en dichos servicios, e incluyendo los servicios de apoyo que se prestan, y demás aspectos específicos que determinan la facturación, especificando exactamente los costos del servicio, el porcentaje de utilidad operativa y de utilidad neta que hubiese recibido la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de haber operado la obra contratada.

TERCERO: DENÍEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 192 del C.P.A.C.A., se expedirán copias de la sentencia, con constancia de ejecutoria con destino a la parte actora y al demandado.

SEXTO: En firme la presente decisión, devuélvase el remanente de gastos del proceso, si los hubiere, al actor y archívese el expediente, dejando las constancias de rigor en la base de datos del tribunal." (fls. 50 – 51 sentencia, índice 100 SAMAI tribunal – negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

4) El incumplimiento que declaró el tribunal versa sobre el hecho de la ausencia de ejecución total del contrato, del cual solo se adelantó el 41,40%, con un porcentaje de no ejecución de 58,60%, conclusión a la cual arribó el tribunal previo análisis de las actas de interventoría y del contenido de los comités de obra que dieron cuenta del incumplimiento reiterado de las obligaciones del consorcio y, particularmente, sostuvo que son imputables a este y no a la parte contratante.

5) La sentencia de primera instancia a la cual se hace referencia quedó ejecutoriada el 6 de abril de 2022 por no haber sido objeto de recursos ordinarios (índice 106 SAMAI tribunal); también consta que a continuación se adelanta el incidente de liquidación de perjuicios y aún se encuentra en trámite.

6) La sentencia también da cuenta de que el consorcio estuvo representado por un curador *ad litem*. Con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia e inicio del trámite incidental de tasación de los perjuicios, el Consorcio Lopesan Fronpeca remitió una comunicación al tribunal en la cual dijo haberse enterado por una publicación en un medio de comunicación social acerca de la existencia de la sentencia en su contra y estimó fraudulento el hecho de que se hubiera informado por el hospital demandante

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

el desconocimiento de la dirección de notificaciones, pues mantuvo contacto directo con este durante la ejecución del contrato (índice 121 SAMAI tribunal).

7) Seguidamente, el consorcio promovió un incidente de nulidad procesal por el hecho de no haber sido notificado en legal forma de la existencia del proceso (índice 141 SAMAI tribunal); en el trámite incidental se decretaron pruebas y se negaron algunas peticiones por el consorcio (fl. 151 SAMAI tribunal), quien interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la decisión (índice 159 SAMAI tribunal), medios de impugnación que no prosperaron (índice 217 SAMAI tribunal).

8) Por auto de 19 marzo de 2024, el Tribunal Administrativo del Huila denegó la solicitud de nulidad (índice 196 SAMAI tribunal), auto que fue apelado por el consorcio y el recurso fue concedido el 5 de junio de 2024 (índice SAMAI tribunal), el cual se tramitó y fue devuelto por el Consejo de Estado al tribunal con el fin de que sea remitido en forma correcta a través del aplicativo SAMAI.

9) Al regreso del expediente producto de la orden del Consejo de Estado se le asignó un nuevo número de radicación y quedó identificado como expediente 410012333000-2015-00023-02 (71461). Por auto de 21 de febrero de 2025, el magistrado sustanciador inadmitió el recurso de apelación por estimar que no era apelable la decisión de denegar la nulidad, auto que fue recurrido a través de los medios de impugnación de reposición y súplica. Por auto de 9 de mayo de 2025 se decidió no reponer la decisión y el 25 de agosto de 2025 se desató la súplica y se confirmó la decisión de no dar trámite a la alzada en contra del auto que denegó la nulidad, por lo cual quedó ejecutoriado y, con ello, decidido en forma definitiva el reparo del apelante relacionado con su vinculación al proceso judicial en el que resultó condenado.

10) De conformidad con lo expuesto, es claro que (i) existe una sentencia judicial ejecutoriada en la cual se declaró el incumplimiento contractual del Consorcio Lopesan Fronpeca y, (ii) un auto en firme que denegó la nulidad del proceso judicial por la supuestamente indebida vinculación del consorcio al proceso, decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada en relación con los asuntos allí decididos. En esas condiciones, no es posible analizar en este caso los reparos del apelante relacionados con el hecho de que la entidad contratante fue incumplida o si estuvo justificado el incumplimiento del contratista por la conducta de su contraparte o si fue o no vinculado

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

en legal forma al proceso, aspectos frente a los cuales operó la cosa juzgada; tampoco hay lugar a analizar los pormenores procesales de dicho proceso judicial.

11) En ese contexto, se declarará probada, de oficio, la excepción de *cosa juzgada* (i) en relación con la pretensión 1.1.5 de la demanda dirigida a que se determine que el incumplimiento del contratista fue correlativo al de su contraparte, por cuanto judicialmente se definió que fue el contratista quien incumplió el negocio y así se declaró mediante sentencia debidamente ejecutoriada, lo cual priva de cualquier efecto vinculante al acto contractual de la entidad a través del cual emitió pronunciamiento sobre este aspecto y (ii) respecto de la supuesta indebida vinculación del contratista al proceso judicial en el cual fue proferida, lo cual impide analizar de fondo los reparos de apelación relacionados con estos aspectos.

3. Contenido, alcance y consecuencias de la sentencia judicial proferida en el expediente número 410012333000-2017-00202-00, respecto de la controversia que ahora se decide

1) También se invocó en el recurso de apelación la existencia del proceso judicial número 410012333000-2017-00202-00, que aparece digitalizado en el aplicativo SAMAI de esta jurisdicción, en el cual se constata lo siguiente.

2) La Compañía Seguros del Estado SA, garante del contrato de obra número 242 de 2011 objeto del presente litigio, presentó una demanda en ejercicio del medio de control judicial de controversias contractuales en contra del HUN ESE con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones 0011 de 2015 y 0275 de 2015, a través de las cuales se declaró el siniestro de incumplimiento del contrato y se hizo efectiva la garantía. Como fundamento de la pretensión de nulidad la compañía aseguradora alegó, entre otros cargos, que una vez liquidado el contrato la entidad perdió competencia para ejercer facultades unilaterales como la declaración de incumplimiento; también estimó vulnerado el debido proceso por el hecho de que no se surtió ninguna actuación previa a la expedición de las decisiones acusadas ni el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Estos dos reparos guardan identidad con los que sustentan la pretensión de nulidad del consorcio en contra de la declaración de incumplimiento contractual que se analiza en el presente proceso.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

3) Mediante sentencia proferida el 13 de junio de 2023 (índice 101 SAMAI tribunal), el Tribunal Administrativo del Huila denegó las súplicas de la demanda; respecto del primero de los mencionados reparos sostuvo que en el expediente número 410012333000-2015-00023-00 se emitió fallo que declaró incumplido al contratista, decisión ejecutoriada que hizo tránsito a cosa juzgada e impide analizar el cargo; en cuanto a la violación del debido proceso estimó que el contratista y la aseguradora conocían la liquidación del contrato y que el 5 de septiembre de 2014 se les comunicó el inicio de una actuación administrativa dirigida a declarar el siniestro, se les corrió traslado de las pruebas y se les garantizó el derecho de defensa.

4) La mencionada sentencia fue apelada por la compañía aseguradora (índice 106 SAMAI tribunal), el recuso se concedió ante esta Corporación (índice 108 SAMAI tribunal) y está pendiente de decisión ante la Subsección C de la Sección Tercera, magistrado sustanciador William Barrera Muñoz.

5) Aunque los cargos de nulidad formulados en el expediente con número de radicación 410012333000-2017-00202-00 son similares a las que se sustentan la demanda que ahora se resuelve, lo que en aquel se decida solo está llamado a tener efectos *inter partes* y, por consiguiente, no tiene incidencia en este litigio en el cual funge como demandante la parte contratista, quien en ejercicio de su derecho de acción instauró una específica controversia y tiene derecho a que esta le sea definida de fondo, aunque la garante del contrato haya formulado similares súplicas y cargos en proceso judicial distinto. Lo anterior en aplicación del mandato contenido en el artículo 189 del CPACA según el cual ***“la sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes”*** (se destaca).

6) Sobre este particular se precisa que, aunque la declaración de incumplimiento del contratista también contiene disposiciones que vinculan a la garante del contrato, era perfectamente viable, como ocurrió, que cada uno promoviera en forma separada sus pretensiones en diferentes procesos que no fue posible acumular en acatamiento de la restricción procesal de la etapa en que se encontraba cada uno de ellos.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

7) Para la Sala, las reclamaciones judiciales formuladas por contratista y aseguradora son susceptibles de ser definidas en forma independiente, en tanto obedecen a la reivindicación judicial de garantías subjetivas individuales que bien pueden decidir ejercer o abstenerse de hacerlo; en efecto, la inconformidad con la declaración de incumplimiento contractual puede provenir del garante del negocio, caso en el cual la prosperidad de sus súplicas no redundará en beneficio del contratista y viceversa; por lo tanto, no existe entre ellos un litisconsorcio necesario en los términos del artículo 61 del CGP, según el cual, este solo se configura cuando deba resolverse en forma uniforme o no es posible hacerlo sin la comparecencia de todos.

8) Tiene en cuenta la Sala que los efectos de la sentencia que se profiera en cada uno de estos procesos no surte efectos automáticos respecto del otro y, por lo tanto, si bien era posible que acudieran en el mismo proceso judicial a través de la acumulación subjetiva de pretensiones (litisconsorcio facultativo), también resulta admisible que, como lo hicieron, demanden separadamente. Esta conclusión resulta aún más evidente en el presente caso en el cual, según la jurisprudencia unificada de la sección que se ha citado, las decisiones demandadas no son actos administrativos y, por ende, cada relación sustancial se juzga separadamente con base en los principios de buena fe y con sujeción a los negocios jurídicos objeto de la litis.

9) En esas condiciones, resultaría cuando menos exótico disponer la vinculación de la aseguradora a este proceso cuando en ejercicio de sus derechos subjetivos demandó en un proceso independiente; tampoco habría lugar a analizar la posibilidad de decretar la prejudicialidad porque esta solo procede a petición del parte, en los términos del artículo 161 del CGP.

10) Como consecuencia de lo anterior, el proceso judicial número 410012333000-2015-00023-00 y lo que allí se decida una vez surtida la segunda instancia no condiciona ni tiene impacto en los aspectos que son objeto del litigio que ahora se resuelve.

4. Naturaleza de las decisiones demandadas y decisión del recurso

1) En primer término es preciso determinar la naturaleza de las decisiones demandadas; para tal efecto debe tenerse en cuenta que el artículo 195 de la Ley 100

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

de 1993 asigna un régimen de derecho privado a los contratos que suscriban las empresas sociales del Estado, sin perjuicio de la posibilidad de “*utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de la administración pública*”.

2) En sentencia de 9 de mayo de 2024, la Sección Tercera del Consejo de Estado³ unificó su jurisprudencia en el sentido de estimar que los actos expedidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no ostentan la naturaleza de actos administrativos porque en sus relaciones negociales se rigen por el derecho privado y “*no actúan – por regla general – en ejercicio de prerrogativas de poder*” (par. 60) y, por ende, “*resulta un contrasentido analizarlos(s) como tal(es)*” (par. 65). Por consiguiente, se determinó que el afectado no tiene la carga de pretender la anulación de ese tipo de decisiones con independencia de la formalidad o denominación con que estas se adopten, y que se debe adecuar la demanda y reconducirla para obtener decisión de fondo y examinar el negocio desde la perspectiva del cumplimiento contractual con el fin de determinar si el accionante tiene derecho a obtener lo pretendido⁴.

3) En la aludida sentencia la Sección Tercera precisó que, sin perjuicio del régimen sustancial de derecho privado es perfectamente viable pactar prerrogativas para que una de las partes ejecute algún acto unilateral; no obstante, estas deben ejercerse “*en beneficio mutuo de las partes, bajo el imperativo de la buena fe en materia contractual que impone actuar con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces*”⁵, sin que el hecho de acordarlas se asimile a una asignación de competencia -la cual está reservada al legislador- ni las decisiones en tal virtud adoptadas tengan la naturaleza de actos administrativos.

4) El fundamento de la decisión de unificación en punto de la naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de potestades unilaterales se fundamentó en que por fuera del EGCP no existe regla de asignación de competencia que permita al contratante

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2024, exp. 53.962, MP José Roberto Sáchica Méndez.

⁴ Las razones del disenso del magistrado sustanciador de este proceso en relación con la decisión de unificación fueron manifestadas oportunamente en el curso del proceso judicial que se decidió con la mencionada sentencia; sin embargo, en acatamiento de lo unificado por la Sección Tercera aplica integralmente a este caso lo allí resuelto.

⁵ *Ibidem*, párr. 51.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

proferir actos administrativos revestidos de presunción de legalidad; para el caso específico de las empresas sociales del Estado, en forma similar a lo que ocurre con las ESP, la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de pactar y ejercer las “cláusulas exorbitantes” previstas en el EGCP y en el contrato se pactaron las de interpretación, modificación y terminación unilateral (fl. 56 cdno. 1E8BC85F5D113081 CBC1E8D674328C55 171128B47B47D0D7 4750569EFA32D0C3)⁶.

5) Las cláusulas excepcionales, como las denominó la Ley 80 de 1983, son las previstas en el artículo 14 de dicho cuerpo normativo que enlista de manera taxativa las de caducidad, terminación, interpretación y modificación unilaterales, únicas que se enmarcan en dicha categoría; con sustento en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, las ESE pueden expedir los actos administrativos por medio de los cuales se ejerzan, aspecto que, en la lógica de la sentencia de unificación que se analiza⁷, no varía el régimen jurídico privado del contrato en los demás aspectos, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la función administrativa en su condición de entes públicos del sector descentralizado por servicios.

6) En ese contexto, los actos por los cuales se liquidó unilateralmente el contrato estatal objeto de la litis y se declaró su incumplimiento no se enmarcan en la categoría de actos administrativos y, en tal virtud, las súplicas de la demanda han de resolverse desde la perspectiva del incumplimiento contractual y de la buena fe, en aplicación de la jurisprudencia unificada de la Sala respecto de la naturaleza de los actos contractuales expedidos por las entidades exceptuadas del ECGP.

⁶ Sobre la aplicación de estas potestades el manual de contratación del HUN dispone: “Artículo 45°. *Aplicación de cláusulas excepcionales: En los contratos que celebre la E.S.E podrán pactarse cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad. Estas cláusulas deben consignarse expresamente en el contenido del contrato. Todo lo relativo a tales cláusulas se regirá por lo dispuesto en la Ley 80 de 1.993 y lo consignado en éste estatuto. Los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*” (fl. 61 cdno. FCE432D446003D66 0E374223A4503C23 F42EDEBE2713B2C1 A722C2FB1174FE4A).

⁷ Para el ponente estos actos sí son administrativos por haber sido proferidos por una entidad pública del sector descentralizado por servicios en el marco de un contrato estatal en el que tuvo prerrogativas excepcionales, con independencia de que no correspondieron a su ejercicio.

5. La liquidación del negocio

1) En el pliego de condiciones que rigió la selección del contratista y la ejecución del referido contrato estatal de obra número 242 de 2011 suscrito entre las partes se previó la aplicación del manual de contratación de la entidad contenido en el Acuerdo 017 de 21 de octubre de 2009, documento que *“los proponentes deben analizar de una manera detallada y cuidadosa”* (ordinal 1.9 fl. 70 cdno. FCE432D446003D66 0E374223A4503C23 F42EDEBE2713B2C1 A722C2FB1174FE4A). A su vez, en la cláusula décima quinta del contrato las partes acordaron que el pliego de condiciones hace parte integral de este (fl. 57 cdno. 1E8BC85F5D113081 CBC1E8D674328C55 171128B47B47D0D7 4750569EFA32D0C3).

2) En ese marco, con independencia de la naturaleza jurídica del Acuerdo 017 de 21 de octubre de 2009 *“por el cual se adopta el estatuto de contratación de la empresa social del Estado Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva ESE”*, aspecto sobre el cual no existe consenso en la Sala de Decisión, su obligatoriedad para este negocio deriva del hecho de haberse invocado como regla del contrato en el pliego para la selección del contratista; en este se previó lo siguiente:

“ARTÍCULO 15°. Liquidación de los contratos. Los Contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo entre las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el contrato, o en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o la fecha del acuerdo que la disponga. En ésta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por LA ESE adoptándose en acto administrativo motivado, susceptible de recurso de reposición, hasta dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término establecido para la liquidación de común acuerdo, de conformidad con lo previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.” (fl. 12 cdno.
FCE432D446003D66 0E374223A4503C23 F42EDEBE2713B2C1
A722C2FB1174FE4A – se destaca).

3) Las partes acordaron dos escenarios que posibilitaban el ejercicio de la potestad unilateral de liquidación: (i) que el contratista no se presente o, (ii) que las partes no logren acuerdo. En este caso, no es un hecho discutido el que las partes adelantaron negociaciones para intentar liquidar de común acuerdo el negocio jurídico y así aparece acreditado en el proceso; sin embargo, no lograron un acuerdo como se reconoce en la demanda, situación que habilitaba la posibilidad de liquidarlo unilateralmente. La existencia de negociaciones previas a la declaración de incumplimiento no sustenta una conducta antijurídica del HUN.

4) Por lo tanto, el ejercicio de la facultad de liquidación por parte del HUN no fue sorpresivo ni intempestivo, de ello dan cuenta las comunicaciones cruzadas entre las partes tendientes a establecer el cruce de cuentas del negocio y, particularmente, el oficio de 3 de octubre de 2013 en el que la contratante negó la prórroga del término de liquidación solicitada por el consorcio contratista y anunció que liquidaría el contrato unilateralmente, en los siguientes términos:

“En atención a la solicitud de ampliación en quince días más para llevar a cabo la liquidación del contrato de la referencia, comedidamente me permito manifestarle lo siguiente:

El artículo 209 de la Constitución política de Colombia consagra que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, etc.

Bajo el anterior precepto constitucional la Institución Hospitalaria ha venido realizando gestiones coordinadas con el fin de cumplir con la liquidación de la relación contractual de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993 y en el Estatuto de Contratación aprobado por la Junta Directiva de la E.S.E.

Una vez terminado el plazo de ejecución contractual el ordenamiento jurídico Colombiano, indica que el paso a seguir es la liquidación, en las modalidades y condiciones que el Artículo 61 del Régimen Contractual y el Estatuto Interno de Contratación definen

La construcción de la Torre Materno Infantil en el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, es una necesidad para toda la región sur colombiana y todos los actores sociales de la comunidad huilense, están a la espera de las definiciones que tome la institución sobre la urgente continuidad del proyecto.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

Así las cosas, agotadas todas las actuaciones administrativas tendientes a poner punto final al contrato, terminado el plazo sin lograr su total ejecución respetando el debido proceso y otros principios que rige la contratación pública, el Hospital en aras de la preservación del interés general y ante la no comparecencia del consorcio a la última reunión programada para el 25 de septiembre de 2013, tomó la decisión indiscutible de liquidar unilateralmente el contrato de obra pública No. 242 de 2011, para lo cual expedirá el Acto Administrativo que contiene el proceder de la Administración, lo cual será notificado al Consorcio, quien podrá hacer uso de los recursos que indica la Ley.” (fls. 21 – 22 cdno. 87B417B676C75D49 9051D719B616149E 694412246FA8C623 43C8BBDDCE4A869C).

5) En ese contexto, no hay evidencia de que el HUN hubiese desconocido las reglas contractuales relacionadas con la liquidación judicial.

6) Por otra parte, la apelante cuestiona la valoración del dictamen pericial que, según estima, dio cuenta de un porcentaje mayor de ejecución al reconocido en el acta de liquidación (41,40); sin embargo, este aspecto no puede ser revisado por la Sala debido a que al momento de la declaración judicial de incumplimiento mediante sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada se determinó ese mismo porcentaje, se declaró incumplido al contratista en lo demás y se dispuso tener en cuenta tal determinación para efectos de la tasación de los perjuicios; por consiguiente, estos aspectos son intangibles y no pueden ser abordados en este otro proceso judicial.

6. La declaración de incumplimiento contractual

1) En cuanto a este aspecto de la litis, la apelación se contrajo a dos puntos concretos, a cuyo análisis se limita la Sala en aplicación de los artículos 320 y 328 del CGP: (i) el desconocimiento de que existían procedimientos para los desembolsos a cargo de la fiduciaria que manejó los recursos del anticipo, circunstancia que imponía dirigir el reclamo por la no ejecución de estos recursos en contra del proveedor de los bienes o servicios adquiridos y, (ii) el agotamiento de la jurisdicción por el hecho de existir una decisión en otro proceso sobre la validez de los actos que la dispusieron.

2) La resolución 011 de 8 de enero de 2015 (fl. 60 cdno. 1D192AB4F8051B21 9CD8F3A6C2EC7A0E 95A3D4278E39004C BA4C515CDE189D42) y su acto confirmatorio número 0275 de 2015 no hicieron efectivo el amparo de anticipo del contrato sino el de cumplimiento, aspecto que, se insiste, fue definido con fuerza de cosa juzgada en otro proceso judicial.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

3) En ese entendimiento, en cuanto al segundo reparo de apelación la Sala se remite al capítulo 2 de la presente providencia en el cual se analizó el alcance de las decisiones judiciales proferidas en otros procesos.

7. Costas

Las costas de primera instancia fueron negadas y esa decisión no fue objeto de impugnación, por lo cual se mantiene. Por otra parte, en los términos del numeral 5 del artículo 365 del CGP se condena en costas de segunda instancia al consorcio demandante en favor de la ESE demandada; serán tasadas en el tribunal de primera instancia, incluido el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO. Modifícase la sentencia de 11 de febrero 2025 por el Tribunal Administrativo del Huila la cual queda así:

1º Declárase probada, de oficio, la excepción de cosa juzgada en relación con la pretensión 1.1.5 de la demanda y con todos los aspectos de este litigio relacionados con el incumplimiento del contrato.

2º Declárase probada, de oficio, la excepción de cosa juzgada respecto del reparo de apelación relacionado con la supuesta ausencia de vinculación del consorcio a proceso judicial de controversias contractuales número 410012333000-2015-00023-00.

3º Niéganse las demás súplicas de la demanda.

4º Abstíñese de imponer condena en costas de primera instancia.

Exp. 41001-23-33-000-2016-00315-01 (72.848)
Demandantes: Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia
y Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia
(Integrantes del Consorcio Lopesan Fronpeca)
Controversias contractuales

SEGUNDO. Condénase en costas de segunda instancia en forma conjunta y en iguales proporciones a las sociedades Constructora Herreña Fronpeca Sucursal Colombia y Lopesan Asfaltos y Construcciones Sucursal Colombia en favor del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva ESE. **Tásense** en el tribunal de primera instancia incluido el valor de las agencias en derecho.

TERCERO. En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Aclara el voto

(firmado electrónicamente)
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Presidente de la Subsección

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.