



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 68001-23-31-000-2009-00229-02 (58485)

Actor: FINSEMA (Fundación Integral para la Salud y la Educación Comunitaria del Magisterio)

Demandada: E.S.E. Francisco de Paula Santander en liquidación

Acción: Controversia Contractual

Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *VARIACIÓN DE LA CAUSA PETENDI – no es admisible que se analicen nuevos cargos planteados en la apelación // COMPETENCIA DEL LIQUIDADOR vs COMPETENCIA DEL JUEZ – el liquidador no puede resolver de manera unilateral e impositiva los conflictos o litigios derivados de los contratos que hubiere celebrado la entidad durante su existencia, la competencia para resolver tales conflictos corresponde al juez // ACTOS DEL LIQUIDADOR FRENTE A RECLAMACIONES DE ACREENCIAS – son actos administrativos // ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO Y DEBER DE RESTABLECERLO – es una figura propia de los contratos regidos por el derecho público // ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO vs REVISIÓN DEL CONTRATO – la primera impone la obligación de mantener inalterada la conmutatividad del contrato durante toda su ejecución y de restablecerla en caso de que se modifique por circunstancias imprevisibles no imputables a las partes; la segunda supone la posibilidad de acudir al juez para que –de cara al cumplimiento de prestaciones futuras– revise las condiciones inicialmente pactadas frente a la ocurrencia de circunstancias que tornen excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones // TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN N vs FUERZA MAYOR – la primera supone la ocurrencia de circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hacen más gravosa la ejecución de una obligación, la fuerza mayor supone la imposibilidad de ejecutar las obligaciones // TEORÍA DEL RIESGO – la imposibilidad definitiva de ejecutar un contrato de prestaciones recíprocas debido al advenimiento de circunstancias de fuerza mayor libera de responsabilidad a ambas partes en el cumplimiento de sus obligaciones, sin lugar a indemnizaciones, salvo que se hubieren pactado cláusulas de agravación de responsabilidad.*

La controversia gira alrededor de imputación de los perjuicios que asevera la parte actora le fueron ocasionados con la terminación unilateral del contrato No. 0648 de 2006 que celebró con la E.S.E. Francisco de Paula Santander, en razón del proceso de liquidación forzosa al que fue sometida la entidad pública contratante.

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 26 de noviembre de 2015¹, en la que el Tribunal Administrativo de Santander dispuso² (se transcribe literalmente, incluso, con errores):

“PRIMERO: DECLARESE NO PROBADAS las excepciones denominadas ‘LEGALIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN Y DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO ASOCIADO Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN; INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN; FALTA DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN; INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR ASUNCIÓN DE RIESGOS POR CADA CONTRATANTE; e INEXISTENCIA DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE’ planteadas por la demandada, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: LIQUIDASE el contrato de asociación No. 0648 de 2006 suscrito entre la E.S.E FRANCISCO DE PAULA SANTANDER y FINSEMA, con resultado de \$0,00 pesos.

TERCERO: DENIÉGESE las restantes pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: No condenar en costas, por las razones expuestas.

QUINTO: En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema”.

2. El anterior proveído resolvió la demanda presentada el 23 de abril de 2009³ por la Fundación Integral para la Salud y la Educación Comunitaria del Magisterio (en adelante, FINSEMA, la Fundación o la demandante), en contra de la E.S.E Francisco de Paula Santander, en liquidación (en adelante la E.S.E, o la demandada)⁴, cuyas pretensiones y principales fundamentos de hecho y de derecho son los siguientes:

Pretensiones

3. La demandante solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe literalmente, incluso, con errores):

“PRIMERA: Se proceda a practicar la LIQUIDACIÓN JUDICIAL del Contrato de Asociación No. 0648 del 2006 suscrito entre la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, FRANCISCO DE PAULA SANTANDER** y **LA FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO FINSEMA** conforme a lo previsto en el literal d), numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.

SEGUNDA: Se declare la nulidad del Acto de Terminación del contrato de Asociación No. 0648 del 2006, suscrito entre la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, FRANCISCO DE PAULA SANTANDER** y **LA FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO FINSEMA**, de fecha 15 de marzo de 2008, suscrito por la

¹ Folio 655 a 665 del cuaderno Consejo de Estado.

² Con salvamento de voto de la Magistrada Digna María Guerra. Folios 666 a 671, cuaderno principal.

³ Folio 37, cuaderno 1.

⁴ Folio 6 a 37, cuaderno 1.

apoderada Especial del Liquidador de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN.**

TERCERA: Se declare la nulidad de la resolución No. 000011 del 14 de agosto de 2008, expedida por la Apoderada General del **CONSORCIO EN LIQUIDACIÓN FRANCISCO DE PAULA SANTANDER** 'Por medio de la cual se decide sobre las reclamaciones que se fundamentan en contratos de naturaleza administrativa presentadas oportunamente al proceso liquidatorio de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN'.

CUARTA: Se declare la nulidad de la resolución No. 000010 del 14 de agosto de 2008, expedida por la Apoderada General del **CONSORCIO EN LIQUIDACIÓN FRANCISCO DE PAULA SANTANDER** 'Por medio de la cual se decide sobre las reclamaciones oportunas presentadas por concepto de mejoras locativas y eventual lucro cesante en contratos celebrados con la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN'.

QUINTA: Se declare la nulidad de la Resolución No. 000053 del 24 de octubre de 2008, mediante la cual se resolvieron adversamente los recursos de reposición interpuestos contra las Resoluciones No. 000010 y No.00011 del 14 de agosto de 2008 expedida por la Apoderada General del **CONSORCIO EN LIQUIDACIÓN FRANCISCO DE PAULA SANTANDER.**

SEXTA: Como consecuencia de lo anterior, derivado del **ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL** y a título de restablecimiento, se reconozca a favor de la **FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO, FINSEMA** el monto total de los conceptos reclamados en la solicitud presentada con fundamento en el artículo 23 del Decreto Ley 254 de 2000 modificado por los artículos 12 del Decreto 1105 de 2000 y 24 del Decreto 2211 de 2004, esto es, en el monto equivalente a **diez mil millones ciento sesenta y ocho mil ochocientos un mil ciento cuarenta y seis pesos. (\$10.168.801.146)**, suma que se deprecia debidamente actualizada con aplicación de la siguiente fórmula de indexación:

VP= VH X IND. F

IND. I

Donde:

VP= Suma Actualizada

VH= Suma a actualizar

IND. I= Índice de Precios al Consumidor a la fecha de terminación del contrato 15 de marzo de 2008

IND. F= Índice de Precios al Consumidor a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

SÉPTIMA: Se imparta cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A”.

Hechos

1. La parte demandante enunció, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1. Relató que entre FINSEMA y la E.S.E se celebró el contrato de asociación No. 0648 de 2006 que tenía por objeto realizar las obras, instalaciones y adecuaciones en un espacio físico de la Unidad Hospitalaria Clínica Comuneros ubicada en la ciudad de Bucaramanga, departamento de Santander, perteneciente a la segunda de las indicadas, con el fin de poner en marcha y operación las unidades de cuidados

intensivos de adultos, pediátricas y neonatales adicionales a las existentes y la unidad de cuidados intermedios bajo la modalidad de atención integral en la clínica.

1.2. Refirió que en la cláusula tercera del contrato se definieron como obligaciones de la E.S.E.: (i) la entrega a FINSEMA de un espacio en la unidad hospitalaria, con un área de 635 mt² para la construcción de las unidades de cuidado intensivo, para lo cual la Fundación debía realizar adecuaciones a los cubículos, cunas, habitaciones, áreas de administración y facturación, farmacia, sala de juntas, trabajo sucio y limpio, áreas de circulación, áreas de desinfección, esterilización y enfermería, y (ii) permitir el acceso a fin de que se realizaran las obras físicas necesarias para el funcionamiento de las unidades de cuidados intensivos.

1.3. Señaló que en la cláusula cuarta las partes estipularon que, por tratarse de un contrato de asociación para la explotación de las unidades de cuidados intensivos por el tiempo de 5 años, no era posible establecer un valor del contrato; sin embargo, para efectos fiscales lo fijaron en \$62'654.400, correspondientes a la compensación anual que la Fundación debía cancelar a la E.S.E. Agregó que en la cláusula quinta se estipuló la forma de pago en un valor mensual de \$5'221.200 –valor que se reajustaría anualmente con el IPC y que se empezaría a causar a partir del inicio de la explotación de las unidades de cuidados intensivos–, más una participación mínima del 10% de la E.S.E en la facturación neta por la explotación de dichas unidades.

1.4. Indicó que mediante otrosí del 1º de agosto de 2006 se acordó modificar la cláusula sexta del contrato –duración del contrato No. 0648 de 2006– y se definió un plazo de cinco (5) años contados a partir del día en que FINSEMA iniciara la operación y puesta en marcha de las unidades de cuidados intensivos mediante acta de entrega que así lo reflejara, una vez se readecuara en forma integral el área entregada para su funcionamiento. Dijo que el 13 de diciembre de 2006 se suscribió al acta de inicio de explotación.

1.5. Relató que con la expedición del Decreto 810 del 14 de marzo de 2008⁵ se suprimió y ordenó la liquidación de la E.S.E y, como consecuencia, la apoderada especial del Consorcio liquidador, mediante comunicación del 15 de marzo de 2008⁶, dio por terminado el contrato de asociación No. 0648 de 2006, con fundamento en lo establecido en el artículo 22 del Decreto 2211 de 2004.

1.6. Mencionó que de los sesenta (60) meses que se acordaron ejecutar, solamente transcurrieron quince (15), lo que causó graves perjuicios económicos a la Fundación, representados en un desequilibrio contractual producto de las altas inversiones que se realizaron con el fin de poner en funcionamiento las unidades de cuidados intensivos, además de la pérdida de utilidades durante los cuarenta y cinco (45) meses faltantes para la culminación del plazo inicialmente pactado.

1.7. Refirió que, como consecuencia de la reclamación realizada oportunamente ante el liquidador, se expidió la Resolución No. 000010 del 14 de agosto de 2008,

⁵ “Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander y se ordena su liquidación”.

⁶ Refirió que la comunicación fue recibida el 18 de marzo de 2008.

por medio de la cual se decidió rechazarla en el valor correspondiente a \$10.158'801.146 –la reclamación se presentó por un valor total de \$10.168'801.146⁷– aduciendo para ello los motivos de glosa que se hallaron en la auditoría integral reflejados en los anexos 1 y 2 del acto administrativo. Indicó que, al revisar el anexo 2 de la resolución –“*RESULTADO INDIVIDUAL AUDITORÍA INTEGRAL*”–, constató que la glosas en las que se soportó esa decisión consistieron en la falta de competencia del liquidador para reconocerla y en que la E.S.E no era sujeto pasivo de la obligación reclamada.

1.8. Añadió que la Resolución No. 000010 se pronunció genéricamente frente a la solicitud de reintegro del costo de las adecuaciones locativas –que en la reclamación se identificó como “*REMODELACIONES Y MEJORAS*”– y no de manera individual como le correspondía. Enseguida citó el aparte No. 2.4 del acto administrativo en el que se indicó que la reclamación se negaba porque el contratista había asumido todas las contingencias y riesgos que se presentaran durante la ejecución del contrato y que como la contingencia se presentó sin intervención de la E.S.E, la Fundación no le podía trasladar el riesgo a la contratante, por lo cual la rechazó con fundamento en la glosa No. 10, relativa a que la E.S.E. no es el sujeto pasivo de la obligación.

1.9. Manifestó que la reclamación que presentó la Fundación también se resolvió a través de la Resolución No. 000011 del 14 de agosto de 2008 –esta se pronunció sobre el valor restante de \$10.000.000 de la reclamación⁸–, con fundamento en las glosas del resultado individual de la auditoría integral realizada, contenidas en los anexos No. 1 y No. 2 del acto administrativo. Indicó que, revisado el anexo No. 2 de esta resolución –“*RESULTADO INDIVIDUAL AUDITORÍA INTEGRAL*”– fue posible evidenciar que las glosas que soportaron el rechazo de este valor consistieron en que ese monto era mayor al soportado -\$10.158'801.146- y en que carecía de soportes que permitieran realizar la auditoría.

1.10. Afirmó que en contra de este acto administrativo también presentó recurso de reposición. No obstante, la decisión fue confirmada a través de la Resolución 053 del 24 de octubre de 2008.

⁷ Así se indicó en la reclamación No. 70 del 12 de mayo de 2008, que se aportó en dos folios (93 y 94, c. 1). En este documento no se indica expresamente a qué concepto corresponde la reclamación; sin embargo, del contenido del anexo 2 de la Resolución 10 (folio 114, c. 1), se extrae que se reclamó \$3.227'700.711 por concepto de “*INVERSION INICIAL EN PROYECTOS COMUNEROS*” y 6.391'100.435, por concepto de “*PERJUICIOS*”, para un total de \$10.158'801.146. Según la Resolución 11 –concordada con la 053 que resolvió conjuntamente los recursos de reposición interpuestos en contra de las resoluciones 10 y 11–, el valor restante de \$10'000.000 (sobre el cual se pronuncia ese acto administrativo) no se soportó en ningún concepto, por lo que se impuso las glosas 12 “*La reclamación carece de soportes que permitan realizar la auditoría*” y 4.15 “*Mayor valor reclamado frente al soportado*” (folio 138, c.1). En la Resolución 053, al resolver ambos recursos de reposición, se confirmó la imposición de las glosas 10 y 14 –sobre falta de competencia del liquidador y que no es sujeto pasivo de la obligación–. No obstante, hizo unas precisiones frente a la Resolución 11 para indicar que “*Teniendo en cuenta lo manifestado en el recurso de reposición se constató que la suma de \$10.000.000 corresponde a un error en la suma de los daños y perjuicios reclamados a la ESE y que de dicha suma no se aportó ningún soporte que acreditara su existencia...*” (folio 25, c. 1), por lo que, adicionalmente a lo anterior (la falta de competencia del liquidador), también mantuvo las glosas impuestas frente al valor de \$10'000.000. Estos aspectos no fueron explicados en la demanda; sin embargo, se hace esta anotación en los antecedentes para procurar un claro entendimiento del caso.

⁸ Ver pie de página 7.

Fundamentos de derecho

2. En el acápite de fundamentos de derecho la parte demandante hizo alusión a las siguientes normas:

2.1. Afirmó que se vulneró el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 porque se rompió el equilibrio económico del contrato y no se compensó al contratista respecto de los perjuicios causados con su terminación unilateral por efecto de la supresión y liquidación de la entidad contratante. Aseveró que la supresión y liquidación de la entidad pública se asocia a la teoría de la imprevisión o a la del hecho del príncipe y que, por tanto, esa circunstancia obedeció a un alea excepcional y extraordinaria que no le correspondía asumir, por lo que no era procedente que se rechazaran las reclamaciones que presentó en el proceso de liquidación de la E.S.E, pues se debían compensar los perjuicios generados con el fin de conservar la ecuación contractual.

2.2. Agregó que no existe ninguna justificación legal para que la E.S.E niegue el reconocimiento de los perjuicios generados como consecuencia de la terminación del contrato, con fundamento en el argumento de que se había celebrado un contrato sin riesgo compartido, modalidad que no se encuentra en el ordenamiento jurídico, pues esto contraría el referido artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la conservación de la ecuación económica del contrato⁹ de cara a la correspondencia de las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes.

2.3. Dijo que la reclamación por daño emergente y lucro cesante se resolvió de forma genérica y no individual y que como sustento de ella se indicó que no existían documentos en los que constaran obligaciones claras, expresas y exigibles, por lo cual el liquidador carecía de competencia para reconocerlas en tanto no podía controvertir, dirimir y determinar la existencia de un derecho no contenido en un título ejecutivo.

2.4. Enseguida, mencionó que los artículos 4º y 6º del Decreto Ley 254 de 2000 señalan que es función del liquidador “[t]ransigir, conciliar, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, en los procesos y reclamaciones que se presenten dentro de la liquidación, cuando sea del caso, y atendiendo las reglas sobre prelación de créditos establecidas en el presente decreto”, por lo que no era dable, so pretexto de negar el reconocimiento de los perjuicios reclamados, aducir competencias diferentes a la señaladas por el ordenamiento jurídico con el propósito de desconocer los derechos económicos de FINSEMA.

Contestación de la demanda

3. El 26 de enero de 2010¹⁰ la E.S.E contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de las pretensiones. Como fundamento de su oposición, expresó lo que la Sala se permite resumir a continuación:

⁹ Como fundamento de esa afirmación se refirió a la sentencia del 9 de junio de 2005, CP. Alier Eduardo Hernández, con Rad. 14291, y la sentencia del 8 de marzo, CP. Ruth Stella Correa Palacio, con rad. 15052. Sentencia del 18 de septiembre de 2003, CP. Ramiro Saavedra Becerra, Rad. 15119.

¹⁰ Folio 295 a 304 cuaderno 1

3.1. Mencionó que el contrato No. 0648 de 2006 no era un contrato de obra pública sino una asociación a través del cual FINSEMA llevaría a cabo por su cuenta y riesgo el negocio acordado. En este sentido, dijo que el espacio entregado fue cedido para que se adecuara y se prestara el servicio de UCI, mas no para hacer obras.

3.2. Dijo que el Gobierno está facultado para liquidar las empresas, sin que ello implique un incumplimiento contractual, ya que el contrato no se termina o liquida caprichosamente, sino que son consecuencias derivadas de la decisión estatal de liquidar una entidad pública.

3.3. Afirmó que es incoherente la afirmación asociada al desequilibrio contractual porque el contrato se pactó bajo cuenta y riesgo del contratista. Agregó que FINSEMA recibió ingresos como consecuencia de la ejecución contractual y, por ello, debió pagar a la E.S.E por la cesión del espacio que ocupaba.

3.4. Señaló que el liquidador no tiene facultad para reconocer derechos que no estén sustentados en títulos ejecutivos y que el acto administrativo demandado –no discriminó cuál– no tenía por finalidad terminar el contrato sino liquidar la E.S.E. Agregó que la demandante no se puede catalogar como acreedora, toda vez que era la que hacía los pagos a la E.S.E, no al contrario.

3.5. Indicó que no es cierto que los actos administrativos que negaron las reclamaciones de la demandante carezcan de motivación, toda vez que se refieren a los motivos de las glosas que sustentaron la decisión y aducen a la *"FALTA DE COMPETENCIA DEL LIQUIDADOR PARA RESOLVER SOBRE LA PRETENSIÓN"*, toda vez que lo solicitado por el demandante no podía ser resuelto por él. Agregó que en el acto administrativo no era posible hacer alusión en detalle a las competencias del liquidador y que no existe una regla jurídica que determine la forma en la que debe hacerse dicha motivación.

3.6. Finalmente, propuso las siguientes excepciones:

i) *"INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN"*, *"LEGALIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN Y DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO ASOCIADO Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN"*. Como fundamento afirmó que el demandante invocó la acción equivocada porque los actos del liquidador están sometidos al control de la jurisdicción contencioso - administrativa bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero la demanda se instauró en ejercicio de la de controversias contractuales, a pesar de que los hechos no se refieren a temas de esa naturaleza, sino a la negativa asociada al pago de los equipos –que se encuentran en poder del demandante– y las utilidades que esperaba recibir, indemnizaciones que fueron negadas por el liquidador. Agregó que la demanda fue inoportuna porque no se instauró dentro del plazo determinado por la ley para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que era la procedente, y añadió que no se agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, pues el trámite se surtió por hechos que se basaron en los términos del contrato, y no en los reparos a los actos administrativos del liquidador.

ii) “*INEXISTENCIA DE DAÑO EMERGENTE Y DEL LUCRO CESANTE RECLAMADO*”. Al referirse al daño emergente, señaló que no hay pruebas acerca de la adquisición de equipos por parte de FINSEMA y que, además, ésta pretende su pago a pesar de que los tiene en su poder porque los retiró del hospital junto con toda la instalación requerida para su funcionamiento. En relación con el lucro cesante, señaló que no hay lugar a su reconocimiento porque se trató de un contrato de asociación que, según lo admiten las normas del derecho común que le eran aplicables, se pactó sin riesgo compartido, lo que impedía a la contratista alegar a su favor el rompimiento del equilibrio económico.

iii) “*INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR ASUNCIÓN DE RIESGOS POR CADA CONTRATANTE*”, con fundamento en que, con la suscripción del contrato, las partes acordaron la asunción de riesgos, razón por la que considera que no era procedente que la demandante alegara el desequilibrio económico, cuando previamente había aceptado los riesgos de la ejecución contractual.

vi) “*FALTA DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN*”, con fundamento en que en la cláusula decimonovena del contrato se pactó una cláusula compromisoria.

v) “*EXCEPCIÓN GENÉRICA*”, con fundamento en lo establecido en el artículo 306 del C.P.C., pidió que se declare probada cualquier excepción derivada de los hechos que se demuestren en el proceso.

Alegatos en primera instancia.

4. Surtido el debate probatorio¹¹, se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto; etapa procesal en la cual tanto la parte actora¹² como la demandada¹³ se pronunciaron para insistir en los argumentos de las pretensiones y de la defensa, respectivamente. El Ministerio Público guardó silencio.

Los fundamentos de la sentencia de primera instancia

5. El *a quo*¹⁴ declaró no probadas las excepciones denominadas “*LEGALIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACION Y DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE*

¹¹ En auto del 6 de febrero de 2014 se abrió a pruebas el proceso – folios 368 a 371 del cuaderno 1- providencia en la que se le dio valor probatorio a los documentos allegados con la demanda, decretó un dictamen pericial de un contador público con el fin de que se pronunciara con respecto a la cuantificación de los costos y gastos en que incurrió el demandante durante la ejecución del contrato, así como también para que determinara cuáles habían sido los ingresos dejados de percibir como consecuencia de la terminación anticipada del contrato, medio probatorio que fue practicado y es visible a folio 506 a 530 del cuaderno 1, se ofició a la Caja de Previsión de Comunicaciones CAPRECOM y a la Clínica los Comuneros de Bucaramanga para que informaran el valor facturado por FINSEMA en el periodo comprendido entre mayo de 2006 y marzo de 2009, también ofició al Ministerio de Salud y Protección Social con el fin de que aportaran el acta de retiro de los equipos adquiridos e instalados por FINSEMA. Los Comuneros Hospital Universitario de Bucaramanga, a través de oficios 5 de agosto de 2015, informó a la Procuraduría General de la Nación, que esa institución no tenía información relacionado con la “antigua” Clínica Comuneros, ni con la ESE (folios 537 a 540, c. 1). El Ministerio contestó a través de oficio radicado ante el Tribunal el 13 de enero de 2015. Anexó resoluciones 10 y 11 del 14 de agosto de 2008 y 53 del 24 de octubre de 2008 (folios 401 a 453, c.1), comunicaciones cruzadas sobre solicitud de retiro de bienes muebles instalados en la clínica Comuneros (folios 462 a 465, c. 1). Se comisionó al Tribunal Administrativo de Norte de Santander para recibir el testimonio de la señora Leonor Cecilia Gómez Soto.

¹² Folio 602 a 622 cuaderno 1

¹³ Folio 645 a 650 cuaderno 1

¹⁴ Se consignó un salvamento de voto.

SERVICIO ASOCIADO Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN e *“INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN”*. Refirió que la acción interpuesta fue la pertinente porque FINSEMA formuló pretensiones de naturaleza contractual, en tanto pretendió la liquidación judicial del contrato de asociación No. 0648 del 2006 y la nulidad del oficio mediante el cual se lo terminó unilateralmente, así como la nulidad de las resoluciones No. 010, No. 011 y 053 de 2008, actos administrativos a los que les dio el tratamiento de contractuales. Con base en lo anterior, concluyó, además, que la demanda se interpuso dentro del término previsto legalmente para ejercer tal acción.

5.1. Frente a la excepción denominada *“FALTA DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN”*, señaló que mediante auto del 1º de diciembre de 2010 el Tribunal Administrativo declaró la nulidad de todo lo actuado y ordenó remitir el proceso al Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cúcuta. No obstante, al resolver el recurso interpuesto en contra de esa decisión, el Consejo de Estado la revocó con fundamento en la imposibilidad de que los árbitros se pronunciaran sobre decisiones adoptadas por el liquidador de la entidad, en tanto se trata de actos administrativos, por lo que, de conformidad con la Constitución y la Ley, correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a su legalidad¹⁵.

5.2. Finalmente, en relación con las excepciones denominadas *“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR ASUNCIÓN DE RIESGOS POR CADA CONTRATANTE”* e *“INEXISTENCIA DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE”* señaló que las resolvería al dilucidar el objeto de la litis, por controvertir de fondo los fundamentos de las pretensiones de la demanda.

5.3. Definido lo anterior, el *a quo* se pronunció sobre el fondo del litigio. Como sustento de su decisión expresó las siguientes razones:

5.4. Empezó por señalar que lo que la parte demandante pretende es que se restablezca el equilibrio económico del contrato No. 0648 de 2006, en tanto se habría alterado con ocasión de su terminación unilateral.

5.5. Como contexto para resolver, mencionó que mediante Decreto 810 de 2008 se suprimió la E.S.E y, como consecuencia de ello, se ordenó su liquidación. Dijo que el régimen aplicable a este procedimiento era el establecido en el Decreto 254 de 2000 y en la Ley 1105 de 2006. Refirió que, de conformidad con el artículo 29 del Decreto 254, los contratos de las entidades sometidas al proceso de liquidación forzosa deben terminarse, cederse o traspasarse, y deben liquidarse antes de la liquidación de la entidad pública. Agregó que de manera previa a la liquidación contractual se debe hacer un estudio respecto de las cuentas y el estado de cumplimiento del contrato, de forma tal que, con base en ello, se pueda efectuar la liquidación del negocio jurídico. Después de ello, refirió que, en los términos de la Ley 80 de 1993, la liquidación del contrato puede ser bilateral, unilateral o judicial. Adicionalmente, se refirió a la figura del rompimiento del equilibrio económico del contrato y señaló que la misma está supeditada a la continuación de su ejecución en

¹⁵ Auto del 8 de noviembre de 2012, CP. Enrique Gil Botero -Folio 344 a 351 cuaderno 1-.

tanto persigue solucionar los eventos en los cuales la ejecución del contrato se vuelve más onerosa para el contratista.

5.6. Preciado lo anterior, concluyó que como el contrato se terminó unilateralmente, ello excluía la posibilidad de que se reconociera compensación o indemnización alguna por concepto del rompimiento del equilibrio económico, en tanto esta figura busca que se solventen eventos que puedan hacer más gravoso su desarrollo, con miras a garantizar la continuidad de la ejecución de objeto pactado.

5.7. Añadió que la terminación unilateral del contrato no era imputable a la entidad demandada en la medida que se produjo como consecuencia de la decisión del Gobierno Nacional de suprimir y liquidar a la E.S.E, decisión adoptada mediante el Decreto 810 del 14 de marzo de 2008. Al respecto, explicó que la terminación unilateral del contrato se llevó a cabo con fundamento en lo definido en el artículo 29 del Decreto 254 de 2000 y el artículo 22 del Decreto 2111 de 2004, normas que autorizan ponerle fin de manera unilateral a los contratos que no sean necesarios para la liquidación de la entidad pública.

5.8. En lo que concierne a la liquidación judicial, señaló que no se encontró objeción para proceder a realizarla; sin embargo, advirtió que, ante la ausencia de pruebas con el fin de determinar el valor adeudado entre las partes a la fecha de terminación, se debía finiquitar el negocio en \$0, por no encontrarse probado si la E.S.E le adeudaba alguna suma de dinero a FINSEMA con ocasión de la ejecución del contrato o viceversa.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

6. FINSEMA pidió que se revoque en su integridad la sentencia de primer grado y, en su lugar, se declare (i) la nulidad de la comunicación del 15 de marzo de 2008 –de terminación del contrato–, (ii) así como la de las resoluciones que negaron las acreencias, (iii) se condene a la E.S.E a restablecer el equilibrio económico del contrato y (iv) se ordene la liquidación con inclusión de las cifras que, según el dictamen pericial, corresponde reconocer a la Fundación por concepto de los perjuicios. Como fundamento de su solicitud expresó las razones de inconformidad que pasan a describirse:

6.1. Controvirtió la afirmación del Tribunal según la cual la ruptura del equilibrio económico del contrato está supeditada a la continuidad de la ejecución del mismo. Sobre el particular aseguró que esa limitación no surge de la figura del rompimiento del equilibrio económico porque está prevista para mantener la equivalencia entre los derechos y las obligaciones de los contratantes cuando se hubieren alterado durante el desarrollo del contrato, por causas no imputables a ellas. En línea con lo anterior, señaló que es equivocada la distinción que hizo el *a quo* entre la figura del equilibrio económico y la de terminación unilateral, así como la afirmación de que son ajenas y excluyentes entre sí, en tanto una de ellas puede conllevar a la otra.

6.2. Afirmó que en este caso el rompimiento de la ecuación económica del contrato se dio como consecuencia de la terminación unilateral que tuvo origen en el hecho del príncipe por la expedición del Decreto 810 del 14 de marzo de 2008. Con base

en lo anterior, aseveró que es procedente entrar a liquidar el negocio jurídico y tomar las medidas necesarias para restablecer su equilibrio económico, de conformidad con las cifras que fueron reportadas por el perito en el curso del proceso judicial.

6.3. Reiteró la necesidad de declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y el reconocimiento de los perjuicios solicitados en la demanda, con fundamento en los siguientes hechos que afirmó probados: (i) la existencia del vínculo contractual; (ii) las inversiones y gastos preoperativos en los que incurrió FINSEMA por la suma de \$3.227'700.711; (iii) la liquidación y supresión de la E.S.E; (iv) la terminación unilateral y anticipada del contrato No. 0648 de 2006; (v) la demostración de que la E.S.E estaba facultada para terminar el contrato, pero no para hacerlo sin proceder a su liquidación y a determinar por esa vía si alguna de las partes estaba como deudora de la otra o sufría alguna consecuencia con esa decisión; (vi) el hecho de que la E.S.E ordenó la terminación del contrato sin realizar previamente la liquidación que permitiera establecer el posible rompimiento del equilibrio económico en contra de la Fundación; (vii) el hecho de que la terminación intempestiva del contrato impidió a FINSEMA obtener las utilidades proyectadas, por lo cual toda la inversión realizada para ejecutar el negocio se convirtió en daños; (viii) el hecho de que los equipos que adquirió la Fundación y las adecuaciones locativas que realizó nunca le fueron devueltos a pesar de que así se le solicitó, en tanto la E.S.E respondió que debía presentarse como reclamación ante el Liquidador y que así se procedió al presentarla por un valor total de \$10.168'801.146, pero que fue negada. Afirmó que existió un documento en el que se autorizó el retiro de los equipos y se fijó fecha para ello, pero que eso nunca se llevó a cabo, lo cual se comprueba porque no existe acta de entrega de los mismos; (ix) que la utilidad dejada de percibir ascendió a \$6.931'100.435¹⁶; y (x) que la E.S.E negó el reconocimiento de las acreencias que presentaron ante el liquidador.

6.4. Afirmó estar de acuerdo con la posición consignada en el salvamento de voto¹⁷ para indicar que las resoluciones que terminaron unilateralmente el contrato y que negaron las reclamaciones presentadas eran nulas por haber sido emitidas sin haberse liquidado el contrato con anterioridad a la terminación unilateral del negocio jurídico.

6.5. Aseguró que en la valoración probatoria, el *a quo* no tuvo en cuenta los estados de resultados de FINSEMA, y las comunicaciones cruzadas que dan cuenta de que,

¹⁶ Indicó que la prueba pericial determinó que las utilidades dejadas de percibir ascendieron a \$6.179'270.623 y la rentabilidad sobre el patrimonio a \$827'504.000.

¹⁷ En el salvamento de voto se expresó que el objeto de la litis no consistía en determinar si con la liquidación de la E.S.E el contrato se terminaba, sino en establecer si, dada la liquidación de la entidad pública, la liquidación del contrato se debía hacer antes de la terminación del negocio jurídico, cuestionamiento al que respondió de forma afirmativa, al estimar que en el trámite de liquidación de la E.S.E no era aplicable lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2211 de 2004 porque el Decreto 810 –que ordenó su supresión y liquidación– dispuso que el procedimiento se sometería a las reglas del Decreto 254 de 2000 y de la Ley 1105 de 2006 y que como la primera de las referidas normativas reguló lo relacionado con la liquidación de los contratos que debían terminarse por efecto de la liquidación de la entidad pública (para ello se refirió al artículo 29), en esa materia no había lugar para acudir al artículo 22 del Decreto 2211 de 2004.

De esta manera se indicó que, según el artículo 29 del Decreto 254 de 2000, la liquidación del contrato se debe hacer antes de la fecha de liquidación de la entidad pública y que, para ello, debe existir un estudio previo sobre las cuentas y estado de cumplimiento del contrato. En consecuencia, concluyó que como el contrato se terminó sin previamente haberse liquidado, los actos administrativos demandados eran ilegales. Agregó que en este caso sí se alteró el equilibrio económico del contrato porque se está ante una "*abrupta terminación del contrato, cuya génesis tuvo origen en el hecho del príncipe*", por lo cual, a juicio de la magistrada disidente, se debían indemnizar los perjuicios causados a FINSEMA tanto por concepto de daño emergente como por lucro cesante.

si bien se autorizó la salida de los equipos, éstos no fueron entregados¹⁸, así como el dictamen pericial en el que se determinaron los perjuicios causados a la demandante.

7. El 19 de julio de 2016, el Tribunal Administrativo de Santander concedió el recurso de apelación¹⁹, el cual fue admitido por esta Corporación el 22 de marzo de 2017²⁰. El 3 de mayo de 2017²¹ se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y para que, una vez concluido el término mencionado, se dejara a disposición del Ministerio Público para que rindiera concepto.

7.1. El 22 de mayo de 2017 la parte demandante presentó sus alegatos²² para reiterar los argumentos en los que soporta sus pretensiones. Hizo énfasis en que: (i) se configuró un rompimiento del equilibrio económico del contrato dada la decisión de suprimir y liquidar a la E.S.E, (ii) el contrato no podía terminarse sin antes liquidarse, (iii) dada la terminación anticipada del contrato, no pudo recuperar la inversión realizada, ni obtener las utilidades que esperaba, (iii) los equipos no le fueron reintegrados y tampoco los elementos que se instalaron para poderlos operar, pues, si bien se dio autorización para el retiro, ese acto no se llevó a cabo, tanto que no hay documento que lo compruebe; en cambio, se le indicó que debía presentar reclamación en ese sentido ante el liquidador, pero que esta tampoco se resolvió favorablemente.

8.2. La parte demandada presentó sus alegatos el 22 de mayo de 2017²³ para insistir en las razones de defensa y excepciones con el objeto de señalar que: (i) como el contrato se rigió por el derecho privado y se celebró sin riesgos compartidos, FINSEMA asumió los riesgos y la E.S.E no le prometió ninguna clase de utilidad, por lo cual no tiene derecho al reconocimiento de las reclamaciones presentadas; (ii) lo mencionado en el recurso de apelación respecto de la ausencia de prueba de la entrega de los equipos y materiales utilizados para su operación es un hecho nuevo que no se alegó en la demanda; de cualquier manera, esos elementos sí se entregaron, de lo cual da cuenta el oficio en el que se autorizó su retiro así como el hecho de que ese aspecto no hubiere sido alegado expresamente desde el momento de la demanda y no se desplegara actividad probatoria encaminada a acreditarlo, todo esto sin considerar que en la reclamación no se pidió su devolución, sino el reconocimiento y pago de una indemnización; (iii) el dictamen pericial arroja exactamente la misma cifra reclamada por la parte actora porque se basó solo en la demanda.

8.3. El representante del Ministerio Público guardó silencio²⁴.

¹⁸ Se refirió a las comunicaciones: 18 de marzo de 2008, 1 de abril de 2008, 29 de abril de 2008, 21 de mayo de 2008, 10 de octubre de 2008, 16 de octubre de 2008 y formularios de reclamación.

¹⁹ Folio 693 del cuaderno Consejo de Estado.

²⁰ Folio 698 del cuaderno Consejo de Estado.

²¹ Folio 700 cuaderno Consejo de Estado

²² Folio 701 a 723 del cuaderno Consejo de Estado.

²³ Folio 724 a 728 cuaderno Consejo de Estado

²⁴ Folios 729 del cuaderno Consejo de Estado.

III. CONSIDERACIONES

Cuestiones previas

9. FINSEMA solicitó que se declare la nulidad de los actos emitidos por el liquidador mediante los cuales, de una parte, se dio por terminado el contrato No. 0648 de 2006 –la comunicación del 15 de marzo de 2008– y, de otra, se emitió pronunciamiento respecto de las reclamaciones que esa Fundación presentó durante el trámite de liquidación administrativa de la E.S.E –las Resoluciones Nos. 010 y 011 del 14 de agosto de 2008 y su confirmatoria, la Resolución No. 053 del 24 de octubre de 2008–.

10. La pretensión cuestionando la legalidad de la decisión de terminar unilateralmente el contrato no estuvo acompañada de una razón que la sustentara. Sobre ese punto, la demanda se limitó a señalar que la terminación del contrato había generado unos perjuicios que, al haber provenidos de un hecho “*excepcional y extraordinario*” (refiriéndose al proceso de liquidación de la E.S.E) no debían ser asumidos por la contratista²⁵. Dijo que si bien el proceso de liquidación forzosa al que fue sometida la E.S.E “*constituye una actuación estatal excepcional cuya legitimidad no se discute, ello naturalmente implica compensar la entidad particular que represento en razón a los perjuicios que se le ocasionaron con la abrupta medida*”²⁶. De manera que no formuló ningún argumento atinente a debatir la legalidad de esa decisión. En suma, lo que alegó fue que esa decisión le generó unos perjuicios, pero no que fuera ilegal. De hecho, a partir del escrito de la demanda no es posible construir, sin vulnerar el derecho al debido proceso de la demandada y los principios de congruencia e imparcialidad, ningún cargo de ilegalidad en contra de esa decisión.

10.1. En lo que concierne a las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que se pronunciaron frente al reconocimiento de acreencias, las mismas se soportaron en: la falta de motivación, relativa a que los actos no expresaron las razones que soportaron las glosas que se impusieron, y en la falsa motivación, por estimar que, contrario a lo referido en los actos, sí se aportaron los documentos que sustentaron la reclamación, el liquidador sí era el competente para resolver sobre la reclamación y el contratista no asumió los riesgos del contrato en relación con su terminación anticipada.

10.2. Observa la Sala que en la parte considerativa de la sentencia que se recurre el Tribunal no hizo consideraciones expresas frente a los cargos de nulidad antes indicados, en tanto consideró que el problema jurídico se circunscribía a determinar si hubo o no un rompimiento del equilibrio económico del contrato²⁷, planteamiento

²⁵ “En síntesis, para el sub iudice, es innegable que la FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO FINSEMA se le ocasionaron notables perjuicios frente a la actividad estatal de liquidación dispuesta mediante Decreto 810 del 14 de marzo de 2008 siendo ésta un alea que no le correspondía asumir dado su carácter **excepcional y extraordinario** ...”. Aparte extractado del acápite de fundamentos de derecho de la demanda (folio 17, cuaderno 1).

²⁶ Folio 17, cuaderno 1.

²⁷ Expresamente indicó: “**4. Análisis del caso concreto** // Mediante el ejercicio de la presente acción pretende la parte accionante que sea restablecido el equilibrio económico del contrato de asociación No. 0648 de 2006, que suscribió con la E.S.E. Francisco de Paula Santander, aduciendo para dicho efecto que el equilibrio

que resolvió en forma negativa al concluir que en este caso lo que se presentó fue una terminación del negocio jurídico, lo que excluía la posibilidad de restablecer las condiciones pactadas. Al lado de esto, señaló que la terminación del contrato no le era imputable a la demandada y estaba avalada por la ley, en la medida que, tanto el artículo 29 del Decreto 254 de 2000, como el artículo 22 del Decreto 2211 de 2004, autorizaban al liquidador para poner fin a los contratos que no fueran necesarios para la liquidación de la entidad pública. No obstante, en la parte resolutive, después de declarar liquidado el contrato, el Tribunal decidió negar “*las restantes*” pretensiones de la demanda, lo que incluye las relativas a la nulidad de los actos emitidos por el liquidador.

10.3. En su impugnación la apelante insiste en que se declare la nulidad de las citadas resoluciones, pero no reprocha la manera como el Tribunal decidió negarlas, aunque sí introdujo por vía del recurso una nueva causa para sustentar lo relativo a la nulidad de tales actos, haciendo suyo lo consignado en el salvamento de voto, esto es, que antes de terminar el contrato y expedir los actos que se pronunciaron frente a las reclamaciones, el Liquidador de la E.S.E debía proceder a la liquidación del contrato.

10.4. Sobre el nuevo cargo, la Sala se abstendrá de considerarlo en esta instancia, en tanto supondría una vulneración de los principios de congruencia, imparcialidad y, correlativamente, del derecho al debido proceso de la parte demandada, en la medida que lo consignado en el salvamento de voto fija el criterio del magistrado que lo suscribió para considerar que el acto de terminación y los que resolvieron las reclamaciones eran nulos, aspecto que como se revela en la demanda no fue traído a juicio por la parte actora.

10.5. La Sala no desconoce que la mención que hizo el Tribunal frente a lo dispuesto en los artículos 29 del Decreto 254 de 2000 y 22 del Decreto 2211 de 2004, mereció que una de las integrantes de esa corporación manifestara su desacuerdo con el fallo por estimar que el segundo de los mencionados artículos no era aplicable al caso y que, en su sentir, ello significaba que los actos demandados –tanto el de terminación como los que negaron las acreencias– eran nulos por haberse proferido sin que de manera previa se realizara la liquidación del negocio jurídico. Esta manifestación, a no dudarlo, no corresponde a un argumento que fuere alegado por la parte actora como sustento de sus pretensiones, por lo cual la demandada tampoco se pronunció al respecto.

10.6. En ese contexto, en tanto FINSEMA trae con su recurso de apelación un argumento nuevo que no fue debatido en la primera instancia y en la medida que no presentó ningún reparo frente a la forma en la que el *a quo* despachó negativamente las pretensiones asociadas a la validez de los actos del liquidador que negaron las acreencias reclamadas –ni insistió en los cargos que formuló en la demanda en su contra–, la Sala acotará su estudio y definición a las pretensiones contractuales que se concretan en la reclamación de los perjuicios que se habrían derivado de la terminación anticipada y unilateral del contrato.

contractual se vio alterado con la terminación unilateral del mencionado contrato por la entidad demandada” (folio 661, cuaderno principal).

10.7. En efecto, la parte actora pretende que se reconozcan a su favor los perjuicios que estima se le habrían causado con la terminación anticipada del contrato No. 0648 de 2006, con motivo de la liquidación forzosa de la E.S.E. Desde la perspectiva de la demandante, la liquidación pluricitada frustró su aspiración a recuperar las inversiones efectuadas y la privó de percibir los ingresos proyectados. A su juicio, este daño es imputable a la parte demandada porque tal terminación habría respondido a un alea que la actora no estaba obligada a soportar.

10.8. Ahora, sin que la siguiente manifestación implique una contradicción con lo que acaba de precisarse, como punto de partida habrá de considerarse que el conflicto que propone el demandante debe ser definido por el juez del contrato y no por el liquidador de la entidad pública, cuya función, en lo que concierne a las reclamaciones de los acreedores en punto a la exigibilidad y pago de las obligaciones del ente suprimido, está encaminada a calificarlas y graduarlas con el fin de llevar a término la liquidación definitiva de la entidad²⁸; como parte de este encargo puede, además, transigir, conciliar, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente en los procesos y reclamaciones que se presenten en el curso de la liquidación²⁹, pero no puede resolver de manera unilateral e impositiva los conflictos o litigios derivados de los contratos que hubiere celebrado la entidad durante su existencia, en tanto la ley no le confirió facultades para ello. Es por esto que las obligaciones que está habilitado a reconocer el liquidador son solamente aquellas respecto de las cuales no existe duda acerca de su existencia y exigibilidad³⁰.

10.9. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que cuando en el curso del proceso de liquidación se niega el reconocimiento y pago, con cargo a la masa de liquidación, de obligaciones cuyo origen se imputa a un contrato, esta decisión, de conformidad con el artículo 7° del Decreto Ley 254 de 2000, se exterioriza mediante declaraciones unilaterales de la voluntad expresadas en un acto administrativo³¹; por tanto, la parte desfavorecida con ella no puede pretender lograr

²⁸ De conformidad con el artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante, EOSF) - aplicable al caso por remisión expresa del inciso segundo del artículo 1° del Decreto 254 de 2000, que regula el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, como lo era la ESE Francisco de Paula Santander (creada mediante el Decreto-ley 1750 de 2003, como una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio)- 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"*.

²⁹ 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"*.

³⁰ Así se deduce, entre otras normas, del ya citado artículo 293 del EOSF que señala 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 comprobar su existencia y exigibilidad"* y también en el parágrafo 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"*.

³¹ *"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"*.

ese mismo reconocimiento por vía judicial, sin someter a juicio la legalidad de ese acto, dadas las atribuciones propias que se derivan de su presunción de legalidad.

10.10. Con todo, cabe precisar que lo acabado de mencionar no es lo que ocurre en este caso, en tanto al revisar el contenido de las Resoluciones Nos. 010, 011 y 053, se puede constatar que justamente en ellas se expresó que el liquidador carecía de competencia para resolver la reclamación de FINSEMA, en la medida que no se refería a la exigibilidad de una obligación preexistente, por lo que la definición sobre su reconocimiento correspondía al juez³².

³² De lo que da cuenta el expediente es de que FINSEMA presentó reclamación a la E.S.E. –que fue identificada con el número 70– por un valor total de \$10.168'801.146 por concepto de “INVERSIÓN INICIAL EN PROYECTO UCI COMUNEROS” y por “PERJUICIOS”, la cual fue resuelta a través de dos resoluciones diferentes: (i) la Resolución No. 010, por medio de la cual se negó el reconocimiento con fundamento en que “*el Apoderado General del Liquidador no tiene la competencia para reconocer las reclamaciones respecto del lucro cesante y del daño emergente (Glosa 14.0); porque no existe obligación a cargo de la E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN, en relación con las adecuaciones locativas que el reclamante cobra como mejoras, por ende la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER no es el sujeto pasivo de la obligación reclamada (Glosa 10.0)*”. Como sustento expresó que las reclamaciones que solicitan que el liquidador declare la existencia de un derecho no determinado por la autoridad competente deben ser rechazadas porque el liquidador carece de competencia para pronunciarse sobre ellas en tanto no constan en títulos que presten mérito ejecutivo. Frente al concepto de mejoras locativas, dijo que el contrato se celebró “*sin riesgo compartido*” por lo que debían ser asumidas íntegramente por el contratista “*y el eventual daño emergente ocasionado por la terminación unilateral de aquellos contratos en virtud de la fuerza mayor proveniente de la liquidación de la ESE (...) ordenada por la autoridad competente, no se constituye como una obligación clara, expresa y actualmente a su cargo, sino que por el contrato fue un riesgo asumido únicamente por los reclamantes*”. Con base en lo anterior, en el anexo 2 de la Resolución 10, se indicó como glosas impuestas a la reclamación 70, tanto al concepto de “*INVERSIÓN INICIAL PROYECTO UCI COMUNEROS*”, como al de “*PERJUICIOS*”, la 10 y la 14, es decir, falta de competencia del liquidador para resolver las reclamaciones y la E.S.E no es el sujeto pasivo de la obligación (folio 114, c. 1). En esta resolución el valor glosado fue de \$10.158'801.146, es decir, \$10.000.000 menos de los reclamados (folio 111, cuaderno 1). (ii) en la Resolución 11, la E.S.E se pronunció respecto de ese saldo, y señaló que en relación con aquél la reclamación carecía de los soportes que permitiera realizar la auditoría (Glosa 12) y porque se había reclamado un mayor valor al soportado (Glosa 4.15) (folios 138, cuaderno 1). En contra de las resoluciones se interpuso recurso de reposición, para ambos casos, con fundamento en los mismos argumentos, entre ellos, se mencionó que la terminación del contrato había constituido el rompimiento del equilibrio económico que debía ser reparado por la ahora demandada. Los recursos fueron resueltos a través de la Resolución 53 del 24 de octubre de 2013, en la que se señaló, de manera general para ambos actos, que el liquidador carecía de competencia para reconocer créditos que no constaran en títulos ejecutivos, por lo cual no podía aceptar la reclamación 70. Al referirse específicamente a la glosa 10 -relativa en la Resolución 10, a las mejoras locativas- insistió en que el riesgo lo debía asumir la contratista e indicó que en el contrato se pactó que las adecuaciones serían entregadas a la E.S.E a la finalización del contrato sin contraprestación alguna y afirmó que “*la ESE EN LIQUIDACION, no es el sujeto pasivo de las indemnizaciones reclamadas por cuanto en el contrato solo el contratista asumió los riesgos y en ninguna medida la entidad en liquidación. Por tanto, la ESE no es el sujeto pasivo de la obligación reclamada (Glosa 10). A esto debe aunarse que la Apoderada General del Liquidador no tiene la competencia para reconocer créditos que no consten en títulos ejecutivos (Glosa 14)*” (énfasis agregado, folio 25, c. 1). Adicionalmente, se refirió a la Resolución 011 para explicar que las glosas 4.15 y 12 las impuso porque, si bien la reclamación se presentó por un valor total de \$10.168'801.146, solo se soportó la suma de \$10.158'801.146, por lo que, respecto de ese saldo, estimó necesario pronunciarse en un acto aparte. No obstante, señaló que este valor, al igual que el anterior, no constaba en un título ejecutivo, por lo cual no podía ser reconocido por el liquidador por carecer de competencia para ello (folios 179 a 207, cuaderno 1). Con todo, en lo que concierne al valor de \$10'000.000, cabe agregar que, al revisar la estimación de la cuantía que quedó consignada en la demanda, la parte actora no solicita el reconocimiento de ese monto, en tanto al sumar los conceptos que relacionó por daño emergente y lucro cesante el valor resultante es exactamente igual a aquel a que hace referencia la Resolución No. 010, esto es, \$10.158'801.212, aunque, al parecer por un error de digitación -como habría ocurrido en la reclamación No. 70- el valor total que transcribió en la pretensiones lo calculó en \$10.168'801.212. En este contexto, lo que se observa es que, si bien las resoluciones 10, 11 y 53 hicieron alusión a otras glosas, lo cierto es que también manifestaron que el liquidador carecía de competencia para pronunciarse sobre todos los valores reclamados, lo que, de suyo, excluye cualquier argumento adicional que hubiere podido quedar contenido en las glosas y debe tener como el fundamento de la decisión. De hecho, en la Resolución 53, se indicó expresamente que: “*... el 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 de la especial en la que nos encontramos. Lo contrario sería ir en contra de los principios de juez natural y de la división de poderes, los cuales siempre han sido respetados en este proceso. // 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 de la República quienes sí se encuentran facultados para declarar la existencia o no de derechos de esta naturaleza a favor de los reclamantes, por esta razón la legalidad de la Resolución No. 000010 de 2008 se encuentra plenamente ajustada al ordenamiento jurídico y en especial al régimen de los procesos concursales de entidades nacionales como lo*

10.11. Se itera que, de conformidad con el Decreto Ley 254 de 2000, las atribuciones del liquidador de una entidad pública como la E.S.E Francisco de Paula Santander – de cara a los acreedores– consisten, en términos generales, en aceptar o rechazar las acreencias presentadas por los terceros en un procedimiento administrativo autónomo y, de ser el caso, calificarlas y graduarlas para su pago con cargo a los activos de la masa liquidatoria; dicha atribución, por tanto, no se extiende a resolver cuestiones atinentes a declaraciones y condenas que las partes del contrato puedan pretender con fundamento en un determinado negocio jurídico. Esta competencia, según lo dispuesto en el artículo 87 del CCA –norma vigente para la época de presentación de la demanda–, corresponde al juez del contrato.

11. Otro aspecto en el que debe detenerse la Sala antes de fijar el objeto de la apelación tiene que ver con lo dispuesto en la cláusula decimonovena del contrato No. 0648, en la que se estipuló que las controversias surgidas durante su “*ejecución*” se solucionarían de manera directa entre las partes, pero que si no lograban llegar a un acuerdo intentarían la conciliación y, ante el fracaso de ese mecanismo, acudirían a un Tribunal de Arbitramento³³. Con base en este pacto, una vez notificado el auto admisorio de la demanda³⁴, el apoderado de la E.S.E presentó recurso de reposición aduciendo falta de competencia y de jurisdicción³⁵ y, consecuentemente, solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado en el proceso.

11.1. El 1 de diciembre de 2010 el Tribunal declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio y ordenó remitir el expediente a la Cámara de Comercio de Cúcuta para que se iniciara el trámite de constitución de un tribunal de arbitramento que asumiera conocimiento del proceso³⁶. A través de auto del 8 de noviembre de 2012³⁷, el Consejo de Estado revocó esa decisión con fundamento en que las pretensiones estaban dirigidas a cuestionar la legalidad de las decisiones que habían sido adoptadas por el liquidador de la E.S.E –acto que calificó como derivado de una potestad exorbitante– y de negar las reclamaciones presentadas por FINSEMA, actos administrativos respecto de los cuales no solo no operaba dicha cláusula, sino que, además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 254 de 2000, solo podían ser controvertidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

11.2. Al resolverse la apelación, no se hizo referencia a la aplicación de la cláusula compromisoria respecto de las pretensiones de naturaleza contractual de la demanda, las que, tal como se ha indicado, no dependen de aquellas relativas a la nulidad de los actos del liquidador. No obstante, la Sala precisa en esta oportunidad que, frente a tales pretensiones tampoco opera dicha cláusula en tanto el pacto

es el de la *ESE EN LIQUIDACION*” (folio 204, c.1). Es decir, dejó en manos de los jueces la definición sobre la reclamación No. 70 de FINSEMA.

³³ “**CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: SOLUCIÓN DIRECTA DE CONTROVERSIAS:** Las partes acuerdan que ante cualquier divergencia o discrepancia que se presente durante la ejecución del contrato para darle solución se agotará el siguiente procedimiento: (...) C) Fracasada la etapa anterior las partes convienen en someter estos conflictos a un Tribunal de Arbitramento que funcionará en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Cúcuta. El tribunal estará conformado por tres (3) árbitros de los cuales dos (2) serán designados de común acuerdo por las partes y dichos árbitros designarán el tercer árbitro, los cuales fallarán en derecho ...” (folios 45 y 46, cuaderno 1).

³⁴ folio 252 y 253 Cuaderno 1

³⁵ folio 281 a 291 cuaderno 1

³⁶ folio 314 a 318 cuaderno 1

³⁷ folio 344 a 351 del cuaderno 1

arbitral se limitó a los conflictos que surgieran “*durante la ejecución*” del contrato, mientras que, como ya se dijo, el conflicto que acá se plantea hace alusión a los perjuicios que se habrían generado en razón de su terminación anticipada.

11.3. Es importante señalar que el hecho de que exista un pacto arbitral no implica que todas las diferencias que se originen en el marco de un determinado negocio jurídico estén subsumidas en él, en tanto las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad y del principio de habilitación, pueden decidir de manera autónoma y vinculante cuáles controversias son las que someten al conocimiento de la justicia arbitral y, en el caso concreto lo hicieron únicamente respecto de “*cualquier divergencia o discrepancia que se presente durante la ejecución del contrato*”; por tanto, no es posible extender la habilitación de los árbitros respecto de conflictos surgidos con su terminación, de manera que la Sala tiene competencia para definir el asunto relativo a la imputación de los perjuicios derivados de la terminación anticipada y unilateral del contrato por efecto de la liquidación forzosa de la E.S.E, aspecto que la demandante identifica como un evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

12. Hechas las anteriores precisiones, se procede a fijar el objeto de la apelación.

Objeto de la apelación

13. Corresponde a la Sala establecer (i) si la terminación del contrato No. 0648 de 2006 por efecto de la liquidación forzosa de la E.S.E dio lugar a un rompimiento del equilibrio económico que deba ser restablecido por esa entidad, en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y (ii) si, en consecuencia, para la liquidación de ese mismo contrato se debieron tener en cuenta los valores reclamados con ese fundamento en la demanda.

Procedencia de la pretensión de rompimiento del equilibrio económico del contrato en el marco de un negocio jurídico regido por el derecho privado

14. Como se relató en los antecedentes de esta providencia, el Tribunal negó las pretensiones de la demanda con fundamento en que no era posible acceder a ningún reconocimiento con base en el rompimiento del equilibrio económico del contrato en la medida que el hecho de que los perjuicios se atribuyeran a su terminación excluía esa posibilidad, en tanto se trataba de dos fenómenos disímiles y excluyentes entre sí, pues, a diferencia de la terminación, las obligaciones que se derivan del rompimiento del sinalagma contractual procuran que se solventen los eventos que puedan hacer más gravoso su desarrollo con miras a garantizar la continuidad de la ejecución del objeto pactado. Agregó que como la terminación del contrato se dio como consecuencia del proceso de liquidación forzosa de la entidad pública y esta fue una decisión que no había sido adoptada por ella, el daño no le era imputable.

15. En contra, la parte recurrente afirmó que el razonamiento del Tribunal era equivocado porque la figura del rompimiento del equilibrio económico del contrato no estaba sujeta a la continuación de la relación jurídica, sino que podía suceder que la terminación anticipada conllevara a que se alteraran las condiciones inicialmente pactadas en desmedro de una de las partes. A partir de este supuesto dijo que como

en este caso la alteración de las condiciones del contrato se dio como consecuencia, bien del hecho del príncipe o bien de la teoría de la imprevisión, la E.S.E estaba obligada, en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, a restablecer los perjuicios que de ello se habrían derivado, los cuales debían incluirse en la liquidación como un saldo a su favor.

16. Para resolver, empieza la Sala por señalar que la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato que contempla la Ley 80 de 1993 es un mecanismo instituido para garantizar el cumplimiento del contrato de cara a la satisfacción de la necesidad pública que se pretende atender a través de su celebración. Así, esta figura, propia del derecho público³⁸, se concreta en el derecho –no exclusivo– del contratista a que se mantenga la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar. Su justificación se encuentra, principalmente, en la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público –en sentido lato– y los intereses generales que están en juego en la contratación estatal, de suerte que, si el cumplimiento de las obligaciones del contratista se torna más oneroso o difícil, no se paralice su prestación³⁹.

17. En ese sentido, la Ley 80 de 1993 trae una serie de imposiciones que se entienden integradas al régimen jurídico de los contratos que se celebran bajo su égida –que, en virtud del principio de buena fe, obligan a quienes lo celebren⁴⁰– dirigidas a garantizar su cumplimiento. Así, el artículo 27 de dicho estatuto dispone a título de obligación y no meramente dispositivo, que en el desarrollo del contrato se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, y que si tal equivalencia se altera por causas no imputables al afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo las medidas necesarias para su restablecimiento; los numerales 3 y 8 del artículo 4 –sobre derechos y deberes de las entidades contratantes– señalan que para la consecución de los fines de la contratación, las entidades contratantes deben solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y deben adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, financieras y económicas existentes al momento de proponer o contratar, según el caso; y el numeral 1 del artículo 5º *ibidem* –sobre derechos y deberes de los contratistas– establece que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

18. Sobre la base de las mencionadas normas y teniendo en cuenta que –en los términos de los artículos 3 y 5 (numeral 2)– los particulares son colaboradores de administración en la consecución de los fines de la contratación estatal, esta Corporación ha señalado que para reclamar un reconocimiento económico con base

³⁸ Ley 80 de 1993, artículos 4.3, 4.8, 5.1, 27 y 28.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de marzo de 2021. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 39.249. Consideración 3.3.6.

⁴⁰ Código Civil: “ARTÍCULO 1603. <EJECUCIÓN DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. // Código de Comercio: “ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

en el rompimiento del equilibrio económico del contrato, es imprescindible que el contratista, pese a la mayor onerosidad que una determinada circunstancia pueda generar respecto de la ejecución de sus obligaciones, las hubiere cumplido, en tanto la razón de ser de la incorporación de tal figura en el derecho público está determinada por la necesidad de satisfacer el interés general ínsito en el contrato estatal⁴¹; de ahí que tal restablecimiento puede darse, incluso, de manera posterior a la ejecución del contrato.

19. En suma, se encuentra que, en aras de garantizar el cumplimiento del contrato y los fines que con él se persiguen, en el compendio de normas que rigen e integran los contratos sometidos al derecho público se encuentran disposiciones de carácter vinculante que imponen claras obligaciones a las partes en el sentido de mantener las condiciones que estaban presentes al momento de proponer o contratar –que debieron ser las tenidas en cuenta para determinar las prestaciones recíprocas de un determinado negocio jurídico y, por lo mismo, la distribución de los riesgos que cada parte asume de cara al cumplimiento del objeto pactado–; del mismo modo, se impone la obligación de restablecer tales condiciones cuando se alteren en razón de circunstancias sobrevinientes que no sean imputables a la parte afectada, al punto de imponer a las entidades públicas la obligación de mantener el valor intrínseco de la remuneración pactada a favor del contratista.

20. Lo dicho conduce a concluir que el clausulado de los contratos regidos por el derecho público se integra con las obligaciones acabadas de mencionar, de ahí que su inobservancia da derecho a la parte afectada a reclamar judicialmente su cumplimiento. Se trata, pues, de que ante el surgimiento de hechos imprevisibles no imputables a las partes que tengan la virtualidad de afectar ostensiblemente el cumplimiento de sus obligaciones por hacerlas excesivamente onerosas, ambas están obligadas a atenderlos variando en lo pertinente lo pactado inicialmente con el objeto de restablecer la equivalencia entre prestaciones inicialmente prevista con miras a garantizar que el contrato complete satisfactoriamente su ejecución. Dado que se trata de una obligación de rango legal que se entiende incorporada al clausulado del contrato, en caso de que no se cumpla, la parte afectada queda habilitada para acudir al juez en procura de hacer cumplir a la otra la obligación de restablecimiento.

21. En contraste, en el derecho común no se encuentran normas que consagren de manera explícita tales obligaciones y, por tanto, tampoco es posible concluir que uno de los contratantes esté habilitado para reclamar su aplicación ante el juez. En

⁴¹ “...es indispensable que el cocontratante particular, a pesar del trastorno producido, no haya suspendido por sí la ejecución del contrato. Si la imprevisión busca una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y si aquél debe actuar como un colaborador de la administración pública, este requisito es de importancia trascendental, pues da razón a ese apoyo económico. La imprevisión, en consecuencia, impone la obligación de continuar con la ejecución del contrato, para abrir en favor del cocontratante particular el derecho a una indemnización.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil cuatro (2004), Exp. No. 14.043. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
“En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato... porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del (10) de noviembre de dos mil cinco (2005). Exp. No. 14392. C.P. Alir E. Hernández E.

efecto, si bien el Código de Comercio (artículo 868⁴²) hace alusión a la mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes derivada del advenimiento de circunstancias “*extraordinarias, imprevistas o imprevisibles*”, lo cierto es que esta regulación no puede equipararse a la del rompimiento del equilibrio económico del contrato⁴³ en tanto no impone a las partes la obligación de mantener inalterada la conmutatividad del contrato durante toda su ejecución, ni tampoco la de restablecerla en caso de que se modifique, sino que da a la afectada la posibilidad de acudir al juez para que –de cara al cumplimiento de prestaciones futuras– revise las condiciones inicialmente pactadas frente a la ocurrencia de las mencionadas circunstancias y determine, con criterios de equidad, la necesidad o no de realizar ajustes que permitan continuar con la ejecución del negocio jurídico o la de declarar su terminación. Es decir, en el marco del derecho privado, los reajustes podrían surgir, para el cumplimiento de obligaciones futuras, a partir de una orden judicial que alterare las condiciones iniciales del contrato, mas no como consecuencia del cumplimiento de una obligación ínsita de esa naturaleza.

22. Así, la revisión del contrato por parte del juez con base en el acaecimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles y, por esa vía, los reajustes que éste imponga con fundamento en la equidad o, en los casos más extremos, la terminación del contrato en razón de esa causa para liberar a las partes de sus obligaciones recíprocas en tanto resultan excesivamente onerosas para una de ellas, es un remedio excepcionalísimo que no se funda, como la teoría del rompimiento del equilibrio económico, en la necesidad de continuidad del servicio público en función del interés general, sino en la equidad; de manera que, ante el advenimiento de tales circunstancias, en los contratos regidos por el derecho privado prima el carácter vinculante de lo pactado entre las partes como expresión de la autonomía de la voluntad y, solo excepcionalmente y a petición de parte, la ley otorga al juez la posibilidad de alterar lo convenido.

23. Así, en los contratos regidos por el derecho privado, en ausencia de un pronunciamiento judicial que ordene, o bien los reajustes respectivos, o la terminación del contrato, la parte a la que se ha generado una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones no solo está en el deber de cumplirlas tal y como fueron pactadas, sino que no tiene derecho a reclamar de la otra el restablecimiento de las condiciones inicialmente estipuladas –sí, la revisión judicial del contrato, pero solo de cara al cumplimiento de obligaciones futuras–, a su vez, su contraparte tiene derecho de exigir el cumplimiento de lo pactado, pese a la mayor onerosidad, a

⁴² “ARTÍCULO 868. <REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS>. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

⁴³ Sin perjuicio, claro está, de que la Ley 80 de 1993 admite como una de las causas que pueden dar lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato el acaecimiento de hechos imprevisibles ajenos a las partes que hacen más onerosa la ejecución (artículo 5, numeral 1, inciso segundo). Lo que se debe tener presente es que en el marco de los contratos regidos por el derecho público el advenimiento de estas circunstancias da lugar a que, por imperativo legal, las partes activen los mecanismos para restablecer el sinalagma contractual establecido al momento de celebrar el negocio jurídico y/o de acudir al juez con ese mismo propósito, mientras que en los contratos regidos por el derecho privado, lo que se habilita es la posibilidad de que la parte afectada solicite del juez la revisión del contrato con miras a que, con base en la equidad, se reajusten las prestaciones futuras que se han hecho excesivamente onerosas o que se termine el contrato.

cambio del pago convenido por ello, en tanto, que en virtud del principio de normatividad de los contratos⁴⁴, las estipulaciones del negocio jurídico permanecen incólumes y las partes no están obligadas a modificarlas para reajustarlas a la equivalencia inicialmente prevista. En los contratos de derecho público, si bien el advenimiento de hechos imprevisibles que hacen más gravosa la ejecución del contrato tampoco exonera del cumplimiento de las obligaciones, lo cierto es que no le impone a la parte afectada la carga de ejecutarlas por el valor inicialmente convenido, sino que el cumplimiento del contrato, justamente, se constituye como presupuesto para reclamar el restablecimiento del sinalagma pensado al momento de celebrar el negocio jurídico.

24. Cabe mencionar que mientras en el derecho público la reclamación del restablecimiento del equilibrio económico del contrato puede pedirse incluso después de finalizada su ejecución, dado que su objeto es garantizar la continuidad del contrato y, específicamente, la satisfacción de las necesidades públicas que se pretenden conjurar a través suyo –por lo que un presupuesto de su reclamación es el cumplimiento de las obligaciones, a pesar de su mayor onerosidad–, en el derecho privado el presupuesto para pedir la revisión del contrato con base en la teoría de la imprevisión es que la solicitud se presente antes del momento de la exigibilidad o cumplimiento de las respectivas obligaciones, en tanto, de una parte, se entiende encaminada a impedir su incumplimiento y, de otra, supone que si la obligación se cumplió la parte afectada pudo superar la mayor onerosidad⁴⁵, lo que dejaría sin objeto un reajuste de las condiciones pactadas o la terminación del contrato.

25. En ese contexto, es posible afirmar que en el caso de los contratos gobernados por el derecho privado rige con todo rigor el principio del *pacta sunt servanda*, pues, aún ante el advenimiento de circunstancias imprevisibles que hagan excesivamente onerosas las obligaciones de las partes, no hay norma que obligue a la otra a restablecer las condiciones inicialmente convenidas, esto es, a renegociarlas para que el sinalagma que ha sido alterado sustancialmente vuelva al punto inicial de la negociación. En estos casos, entonces, salvo pacto expreso entre las partes o decisión judicial fincada en la revisión de las condiciones del contrato de cara a la ocurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que alteren ostensiblemente las cargas de los contratantes, la contraparte solo está obligada a cumplir en su literalidad lo pactado en el contrato y, por lo mismo, solo estará obligada a indemnizar los perjuicios que derive de la inobservancia de sus obligaciones, dentro de las que no se encuentra la de restablecer la ecuación económica en la forma que determinan las normas del derecho público.

⁴⁴ Código Civil: “ARTÍCULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

⁴⁵ José Guillermo Castro anota que es <<claro que las prestaciones susceptibles de ser reajustadas o modificadas judicialmente serán aquellas que aún se encuentran pendientes esto es la de futuro cumplimiento a que la norma bajo estudio puntualmente se refiere y luego precisa que, << por supuesto la demanda de revisión deberá promoverse necesariamente con posterioridad a la configuración de las circunstancias y antes de que se extingan las prestaciones en exceso onerosas

>> (o.p. cit, p 57) Antonio Rocha agrega que <<la revisión por imprevisión establecida en el artículo 868 del Código de Comercio no es una herramienta de indemnización de perjuicios en el caso del incumplimiento de un contrato, sino todo lo contrario. Ella busca evitar el incumplimiento de las obligaciones que se han revelado excesivamente onerosas>> (Estudios de Obligaciones, p. 6). Esta condición evidentemente le resta posibilidades reales de aplicación porque implicaría suspender la ejecución de un contrato mientras se profiere la sentencia”. Tomado de: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º febrero de 2021, Exp. 47068. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

26. La Sala pone de presente que la diferencia entre la figura del rompimiento del equilibrio económico del contrato y la de su revisión por efecto del advenimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, así como la imposibilidad de aplicar la primera a los contratos regidos por el derecho privado ante la inexistencia de normas que la contemplen y la integren a esa clase de negocio jurídicos ya ha sido abordada por esta Sección. En ese sentido, en sentencia del 10 de febrero de 2021, señaló:

“Es cierto que, a partir de lo acordado en el contrato puede deducirse una correlación entre las prestaciones pactadas y establecer qué fue lo que cada una de ellas consideró como remuneración equivalente; y a partir de allí determinar cuáles fueron las <<bases del contrato>> para saber si una de las partes tiene derecho a solicitar la revisión regulada en dicha norma, cuando se cumplan las condiciones en ella establecidas (circunstancias sobrevinientes imprevistas e imprevisibles, que hagan excesivamente onerosa la prestación del demandante). Eso es totalmente distinto a considerar que en un contrato regido por el derecho privado se deban pactar prestaciones equivalentes; que el Contratista tenga derecho a que tal equivalencia se mantenga durante toda la ejecución del contrato; y que la Contratante tenga la obligación correlativa de restablecerla cuando se rompa por causas no imputables a ninguna de las partes.

De las definiciones de contrato conmutativo y oneroso del Código Civil no puede deducirse la existencia de la obligación de la Contratante de restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato durante su ejecución; y esa obligación tampoco puede deducirse de lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio”⁴⁶.

27. En el mismo sentido, en sentencia del 8 de septiembre de 2021, se indicó que a un contrato sujeto al régimen de derecho privado “*las disposiciones del Estatuto General de Contratación sobre equilibrio económico del contrato no resultan aplicables*⁴⁷. En consecuencia, todas las pretensiones del contratista que reclaman una ruptura del equilibrio económico deberían ser rechazadas”⁴⁸ y agregó que:

“La excesiva onerosidad sobrevenida tiene una lógica distinta al desequilibrio económico, pues pretende remover, a futuro, las dificultades que se le presenten a una de las partes de un contrato durante su ejecución. Por esto, el artículo 868 del Código de Comercio exige que las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, deben alterar una ‘prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes’. Esto guarda coherencia con las potestades que otorga al juez el inciso segundo de ese artículo, pues este autoriza a ordenar el reajuste o la terminación del contrato; órdenes que no tendrían sentido en relación con una prestación ejecutada o un contrato terminado”⁴⁹.

28. Así las cosas, como no hay duda en cuanto a que el contrato No. 0648 del 2 de mayo de 2006 se rigió por el derecho privado –pues así surge de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 que señala que en materia contractual las empresas sociales del Estado están sometidas al derecho privado, y, de conformidad con esta norma, las partes señalaron que el régimen que lo gobernaría sería el establecido en las disposiciones comerciales y civiles, según lo

⁴⁶ Exp. 47068, Subsección B, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

⁴⁷ Cita de la providencia: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de abril de 2021, exp. 48962; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 10 de febrero de 2021, exp. 47068”.

⁴⁸ Exp. 58235, Subsección B, C.P. Alberto Montaña Plata.

⁴⁹ Ídem.

previsto en el artículo 14 del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003⁵⁰ que reitera lo dispuesto en el referido artículo 195 de la Ley 100 –, debe concluirse que a este no podían aplicarse las normas que regulan la figura del rompimiento del equilibrio económico de los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993, pues no se pueden entender integradas a su clausulado. Tampoco se observa que las partes hubieran pactado obligaciones con ese alcance.

29. Precisado lo anterior, advierte la Sala que el caso planteado tampoco puede analizarse a la luz de la teoría de la imprevisión según lo regulado en el artículo 868 del Código de Comercio, pues no se trata de revisar las condiciones del contrato en consideración a que, por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, las obligaciones de FINSEMA o las de la E.S.E se hubieren tornado excesivamente onerosas, sino del advenimiento de una circunstancia de fuerza mayor que tornó imposible su ejecución y, por disposición legal, lo llevó a su terminación. Respecto de la diferencia de una y otra figura –la teoría de la imprevisión y la fuerza mayor como hecho impeditivo para el cumplimiento de las obligaciones– la doctrina ha señalado:

“La exigencia de la irresistibilidad [refiriéndose a los elementos de la fuerza mayor] implica que no se trata de que la obligación se haga más difícil o más onerosa, incluso si es excesivamente onerosa. Lo importante es que se haga imposible. Lo anterior marca la diferencia entre la fuerza mayor y los eventos que dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión. La fuerza mayor supone eventos irresistibles. La imprevisión implica eventos que sin hacer imposible el cumplimiento lo hace excesivamente oneroso ...”⁵¹.

30. Agrega la Sala a lo anterior que mientras en el marco de la teoría de la imprevisión –según lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio– el juez puede revisar el contrato e imponer, con base en la equidad, que se recompongan las obligaciones dinerarias que se han tornado excesivamente onerosas esto, en principio, no supone que el deudor de la obligación quede exonerado de su cumplimiento –salvo que se declare la terminación del contrato–; mientras que si lo que ocurre es un evento de fuerza mayor, el deudor queda liberado de su obligación, sin que ello genere un evento de incumplimiento y, por lo mismo, ninguna obligación indemnizatoria, porque la causa extraña excluye su responsabilidad, salvo que legal o contractualmente una de las partes deba asumir los efectos de la ocurrencia del evento de fuerza mayor. Así, cuando se reúnen los elementos constitutivos de esa figura, salvo pacto en contrario, el deudor queda liberado de responsabilidad y el acreedor no puede reclamar la indemnización de perjuicios, tal y como lo establecen los artículos 1604 y 1616 del Código Civil⁵².

⁵⁰ Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado.

⁵¹ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “CAUSA EXTRAÑA COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD”, pág. 433.

⁵² Código Civil, artículo 1604: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa (...).” Artículo 1616: “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”.

31. Como consecuencia de todo lo expuesto hasta ahora, la Sala concluye que lo que se debe analizar en este caso es si, por disposición legal o convencional, la E.S.E estaba obligada a asumir el riesgo del acaecimiento del evento de fuerza mayor que constituyó su liquidación forzosa y que condujo a la terminación del contrato por imposibilidad de continuar con su ejecución hasta el vencimiento del plazo pactado y si, por ello, estaba llamada a indemnizar los perjuicios que asegura FINSEMA le fueron causados ante la ocurrencia de dicha circunstancia. Se precisa que, si bien la parte actora no planteó expresamente este fundamento jurídico, lo cierto es que se debe tener en cuenta que en virtud del principio constitucional que señala que prima lo sustancial sobre lo formal y, en línea con ello, en atención a principio *iura novit curia*, es deber del juez aplicar el derecho que corresponda a la *causa petendi* invocada, aun cuando no se encuentre expresamente indicado en la demanda, pues lo que toca a las partes es expresar los hechos en que sustentan sus pretensiones.

32. En este marco, para resolver el objeto de la apelación, la Sala pasa a estudiar los siguientes aspectos.

La terminación del contrato por efecto de la liquidación forzosa de la E.S.E – constituye, en principio, un evento de fuerza mayor que libera de responsabilidad

33. El artículo 64 del Código Civil señala que la fuerza mayor es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. Con base en esta norma, se ha concluido que los elementos de la fuerza mayor son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Con todo, como indica la jurisprudencia, el evento también debe ser externo al deudor⁵³.

34. En el ordenamiento jurídico colombiano, la fuerza mayor y el caso fortuito son causales eximentes de responsabilidad, en tanto se entienden ajenas al deudor o a la persona a la que se pretende atribuir una determinada responsabilidad. En materia contractual, la fuerza mayor se entiende referida al acaecimiento de circunstancias imprevisibles e irresistibles, extrañas a las partes, que imposibilitan, definitiva o temporalmente, total o parcialmente, la ejecución del contrato⁵⁴.

35. De antaño, esta Corporación ha concluido que la imposibilidad del cumplimiento oportuno de obligaciones que encuentra su causa en el proceso administrativo de

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de diciembre de 2016. SC17723-2016. M.P Luis Alonso Rico Puerta: “Sobre este último aspecto, conviene acotar –y de paso reiterar- que un hecho sólo puede ser calificado como fuerza mayor o caso fortuito, es lo ordinario, si tiene su origen en una actividad exógena a la que despliega el agente a quien se imputa un daño, por lo que no puede considerarse como tal, en forma apodíctica, el acontecimiento que tiene su manantial en la conducta que aquel ejecuta o de la que es responsable. Por eso, entonces, si una persona desarrolla en forma empresarial y profesional una actividad calificable como ‘peligrosa’, de la cual, además, deriva provecho económico, por ejemplo la sistemática conducción de automotores de servicio público, no puede, por regla general y salvo casos muy particulares, invocar las fallas mecánicas, por súbitas que en efecto sean, como constitutivas de fuerza mayor, en orden a edificar una causa extraña y, por esa vía, excusar su responsabilidad”.

⁵⁴ “... debe precisarse igualmente que puede ocurrir que la fuerza mayor no tenga carácter definitivo. Así puede acontecer que ella solo impida temporalmente el cumplimiento del contrato. En tales casos lo que procede es una suspensión de los efectos del contrato mientras dura la fuerza mayor ...” // “Puede suceder que la fuerza mayor solo cause un impedimento parcial. En tal caso, es claro que en la parte que es imposible ejecutar el deudor queda liberado ...”. Juan Pablo Cárdenas Mejía. Op. cit, pág. 446.

liquidación forzosa de una entidad pública constituye un evento de fuerza mayor que desvirtúa la situación aparente de mora, toda vez que, en los términos del inciso 2º del artículo 1616 del Código civil "*la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios*".

36. En línea con lo anterior, la Sala concluye en esta oportunidad que, en principio, la imposibilidad definitiva de continuar con la ejecución de un contrato como consecuencia del advenimiento durante su desarrollo 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, por tanto, impide que se acceda a reconocer las reclamaciones de indemnización de perjuicios que de ello se pudieran derivar. A esta conclusión se arriba, no solo porque se trata de uno de los eventos que a título enunciativo califica el citado artículo 64 como fuerza mayor, en tanto se refiere a una orden de autoridad legítima a la que no es posible resistir, sino porque, en principio, 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 contrato ante la imposibilidad de su representante legal de realizar actos distintos a los de la liquidación de la entidad sobre la cual recae la medida administrativa y que, por disposición legal, lo lleva a su terminación.

37. Para expresar las razones que conducen a la Sala a la anterior conclusión, es menester mencionar que la Constitución Política atribuye al Presidente de la República la facultad de suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley⁵⁵; 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 ley cuando: (i) los objetivos determinados en su acto de creación hayan perdido su razón de ser, (ii) los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial, (iii) las evaluaciones de la gestión administrativa realizadas por el Gobierno Nacional aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad; (iv) sea la conclusión derivada de la utilización de los indicadores de gestión y eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados obtenidos por ellos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado; (v) exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.

⁵⁵ 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. "

38. El Decreto 254 de 2000 regula lo concerniente a la liquidación de las entidades públicas del orden nacional⁵⁶. En su artículo 2 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 conlleva, entre otras cosas, la designación del liquidador (literal a) –que, en los términos del literal a) del artículo 6 de ese mismo decreto, funge a partir de su designación como su representante legal–, así como la prohibición expresa para realizar cualquier tipo de actividades o actuaciones que no estén dirigidas a realizar la liquidación de la entidad, prohibición que opera a partir de “*la expedición del decreto que ordena la disolución y liquidación de la entidad*” (literal f).

39. Al hilo con lo anterior, el artículo 4 de ese mismo decreto dispone que es competencia del liquidador adelantar el procedimiento de liquidación de la entidad pública del orden nacional para la cual ha sido designado. La lectura de este artículo, en concordancia con lo dispuesto en el ya referido literal f) del artículo 2, conducen a concluir, sin hesitación alguna, que a partir de que se ordene la supresión o disolución de la entidad y su consecuente liquidación, su representante legal, el liquidador, únicamente está habilitado para realizar los actos tendientes a desarrollar y culminar ese proceso, no le está permitido ejecutar actos diferentes a ese propósito, aserto que se confirma, entre otros artículos del mismo Decreto 254, con base en lo dispuesto en el artículo 7 sobre funciones del liquidador. Esto se traduce en que, en principio, 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.

40. En línea con ello, al leer las normas que integran el régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional, se concluye que 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 la liquidación de la entidad. En ese sentido, el numeral 14 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF) –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 presente⁵⁷– dispone que “[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”.

41. Así las cosas, se debe concluir que 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, en tanto, a pesar de que el

⁵⁶ 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*”.

⁵⁷ “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.
“(...)”.

referido numeral 14 del artículo 291 del EOSF utilice la expresión “*podrá*”, lo cierto es que sus competencias, expresión del principio de legalidad, se limitan a realizar los actos que conduzcan a la liquidación de la entidad pública; además de existir una prohibición expresa de realizar actos que superen ese objeto.

42. Ahora bien, las anotaciones que se han hecho respecto del proceso administrativo de liquidación forzosa de las entidades públicas llevan a la Sala a concluir que se trata de un hecho absolutamente irresistible para la que esté sometida a dicho procedimiento. En efecto, como se vio, la determinación de la supresión y disolución de la entidad –acto con el que comienza el proceso de liquidación– corresponde adoptarla al Presidente de la República y frente a ello el ente sobre el cual recae la medida no tiene injerencia alguna y tampoco puede resistirse u oponerse a ella, en tanto se trata de un acto emitido por una autoridad pública investida de competencia para ello y frente al cual la ley no prevé mecanismo de oposición que lo impida.

43. En este punto, cabe mencionar que el elemento de la irresistibilidad alude tanto al evento mismo como a sus consecuencias. La inevitabilidad del hecho debe ser absoluta, por lo que no es suficiente la imposibilidad relativa del deudor⁵⁸. En definitiva, un hecho puede ser calificado como irresistible si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, si cualquier persona situada en las circunstancias que enfrenta el deudor invariablemente se vería sometido a esos efectos, pues la incidencia de estos no está determinada por las condiciones especiales de quien lo afronta, sino por la naturaleza misma del hecho⁵⁹.

44. En lo que concierne al elemento de la exterioridad –que apunta, en términos generales, a que el hecho impeditivo debe ser extraño al deudor, estar fuera de su control y no haber sido generado por un hecho propio o de las personas por las cuales debe responder⁶⁰–, las referidas anotaciones permiten también concluir que la liquidación forzosa de la entidad pública y la consecuente terminación de los contratos que no sean necesarios para llevarla a cabo son hechos externos a la entidad sobre la cual recae la medida, en tanto, como ya se dijo, se trata, según las competencias asignadas constitucionalmente, de una atribución que corresponde al Presidente de la República en la que no tiene injerencia la entidad que se somete a dicho procedimiento administrativo. Tal determinación, además, se funda en las causales señaladas en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, pero adoptarla o no, constituye una facultad discrecional del Presidente, de manera que, aun cuando se configure alguna de las causales a las que se refiere dicha norma, esto no conduce inexorablemente a que se deba adoptar esa determinación. Como dice el referido artículo 52 esa medida “*podrá*” ser adoptada por el Presidente, es decir que tendrá la libertad de determinar si actúa en ese sentido o se abstiene de hacerlo, lo que

⁵⁸ Así, se reitera que la mayor onerosidad sobrevenida para el cumplimiento de la prestación no constituye una imposibilidad absoluta, lo cual marca una diferencia importante entre la fuerza mayor y las hipótesis a las que se les aplica la teoría de la imprevisión.

⁵⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002. Exp. 13.477. C.P María Elena Giraldo Gómez.

⁶⁰ Así, por ejemplo, el autor del daño no puede exonerarse de responsabilidad por los hechos de sus dependientes, como disponen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. De igual manera, si el contrato versa sobre una cosa, los vicios de ésta no se consideran externos al deudor. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2011. Exp. 19.548. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

confirma que esa decisión es externa a la entidad pública que se someta al procedimiento administrativo de liquidación forzosa.

45. En ese sentido, cabe mencionar que, incluso, cuando 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, respectivamente, esa determinación sigue siendo externa a la entidad sometida a ese procedimiento, en tanto en cuanto, como ya se mencionó, pese a que se configuren estas causales, la supresión y liquidación de la entidad no es consecuencia obligada de ello, pues en cabeza del Presidente, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, está tomar, o bien esa determinación, o cualquier otra que se ajuste a las necesidades particulares del sector, según la evaluación de conveniencia que le corresponde realizar de manera exclusiva en tal condición. Es decir, en estos escenarios, como en los demás a los que se refiere el mencionado artículo 52, la decisión de suprimir la entidad y proceder a su liquidación está determinada por una serie de consideraciones de política pública que conducen a analizar la conveniencia o no de la medida y que, por tanto, son por completo ajenas a la entidad sobre la cual recae.

46. Finalmente, la liquidación forzosa de una entidad pública puede o no ser un hecho imprevisible. Este aspecto debe evaluarse al momento de la celebración del contrato, en el entendido que, según ha expresado la Corte Suprema de Justicia, el deudor tiene la obligación de prever *“lo que es suficientemente probable, no simplemente posible”*⁶¹, por lo que un hecho se considera imprevisible si no existe manera de contemplar o anticipar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva.

47. Así, si al momento de la celebración del contrato las partes pueden conocer que es, no solamente posible, sino suficientemente probable que la entidad pública en el futuro próximo que comprenda el de la ejecución del contrato quede sometida a un proceso de liquidación forzosa, entonces 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 lo manifieste, o porque lo asuma al celebrar el contrato en tales condiciones, de manera que, en este escenario, las consecuencias adversas de su ocurrencia tendrían que ser asumidas por ese extremo de la relación negocial, sin posibilidad de trasladárselas a su contraparte.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 1999. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno: *“Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él, aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como la hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en él”*.

Consecuencias de la imposibilidad de ejecutar el contrato ante el advenimiento de circunstancia de fuerza mayor – teoría del riesgo – cláusulas de agravación de la responsabilidad del deudor de la obligación afectada

48. Adicionalmente, en lo que concierne a la fuerza mayor como hecho impeditivo de la ejecución de las obligaciones del contrato y eximente de responsabilidad del deudor de las prestaciones afectadas, es pertinente mencionar que, en los contratos bilaterales y sinalagmáticos, la teoría de los riesgos responde a la pregunta sobre quién debe asumir la carga patrimonial de la prestación que no se pudo satisfacer y qué sucede con la obligación correlativa de aquella que no puede ser cumplida por efecto del advenimiento de una circunstancia de fuerza mayor⁶².

49. En el régimen jurídico colombiano se pueden encontrar normas que regulan específicamente ese aspecto en relación con obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, con diferente alcance en el Código Civil y en el Código de Comercio. La primera de las codificaciones mencionadas, en su artículo 1607 dispone que, en principio, la eficacia del contrato no se verá afectada por la extinción de la obligación de dar o entregar que se ha tornado imposible de cumplir, por tanto, pese a ello, la obligación correlativa del acreedor se mantiene vigente:

“ARTÍCULO 1607. <RIESGOS EN LA DEUDA DE CUERPO CIERTO>. El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega”⁶³.

50. El Código de Comercio, al referirse al contrato mercantil de compraventa, señala en su artículo 929 que “[e]n la venta de un ‘cuerpo cierto’, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa”. En el artículo 930 establece que “[s]i la falta de entrega procediere de la pérdida fortuita de las mercaderías vendidas, por causa no imputable al vendedor, el contrato quedará resuelto de derecho y el vendedor libre de responsabilidad”.

51. En consecuencia, mientras que frente a la imposibilidad sobrevenida de una obligación de dar o entregar un cuerpo cierto el Código Civil dispone que, en principio, salvo las excepciones que menciona el mismo artículo 1607, los efectos los debe asumir el acreedor en tanto su obligación no se extingue en razón de la imposibilidad de cumplimiento de la obligación del deudor (*res perit creditori*), el Código de Comercio establece que, en principio, salvo las excepciones a las que se refiere el artículo 929, los efectos los debe asumir el deudor (*res perit debitori*), en

⁶² Código Civil, artículo 1607. Código de Comercio, artículo 929.

⁶³ En el mismo sentido, el artículo 1876 del Código Civil, refiriéndose específicamente al contrato de compraventa, señala que “[l]a pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse al contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador”.

tanto ese hecho conlleva la disolución del contrato de compraventa, por lo que ambos contratistas quedan liberados de sus obligaciones⁶⁴.

52. En relación con otro tipo de obligaciones (de hacer o no hacer) no se encuentra en el derecho privado –ni en el público– una regulación especial acerca de quién debe asumir la carga patrimonial de la prestación que no se pudo satisfacer y qué sucede con la obligación correlativa de aquella que no puede ser cumplida por efecto del advenimiento de una circunstancia de fuerza mayor. No obstante, la posición mayoritaria, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, señala que este aspecto no puede resolverse con base en las normas que de manera especial regulan lo relacionado con los riesgos en la deuda del cuerpo cierto, sino que se debe solucionar en línea con el elemento de la causa del contrato⁶⁵, lo que conduce a concluir que el negocio jurídico se termina con un efecto liberador para ambas partes.

53. En ese sentido, se ha expresado, con base en el artículo 1524 del Código Civil⁶⁶, que en los contratos con prestaciones correlativas, las prestaciones entre las partes son interdependientes y se explican de unas a otras, de manera que una no puede subsistir sin la otra, lo que supone, a su vez, que extinguida una de ellas ante la ocurrencia de una fuerza mayor, la otra no pueda pervivir, pues su causa también desaparece⁶⁷; de manera que 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 correlativas, lo que conlleva,

⁶⁴ Con todo, debe apreciarse que la regulación de la segunda de las mencionadas normativas se refiere específicamente al contrato de compraventa, por lo que la doctrina se ha preguntado si en otro tipo de contratos en los que surja la obligación de la entrega de un cuerpo cierto se debe aplicar las normas del Código de Comercio sobre compraventa o si el vacío se debe llenar con las normas del Código Civil sobre los riesgos de la deuda en cuerpo cierto, en virtud de la remisión normativa del artículo 822 de la regulación mercantil.

⁶⁵ Al respecto, se puede consultar: VÁSQUEZ GÓMEZ, Carlos. *“El riesgo contractual en los Códigos civil y de comercio colombianos. Análisis dogmático de la normativa vigente”*. En ese texto señala: “... el *rest perit creditor* debe ser correctamente asumido como una regla particular, incluso excepcional -y por demás indeseable- en materia de riesgo contractual, de acuerdo con los estrictos términos de la redacción de la disposición [se refiere al artículo 1607 del Código Civil], en los que su ámbito de aplicación se restringe claramente a un tipo específico de obligaciones contractuales. Por lo tanto, parecer ser que la excepción consagrada en el artículo 1607 cc (*rest perit creditor*) no hace más que confirmar la regla general de atribución de riesgos en el derecho civil colombiano: *res perit debitori*, fórmula romanista que debe ser entendida en el sentido de que la extinción de una obligación contractual por imposibilidad fortuita y sobrevenida acarrea necesariamente la disolución ipso iure del contrato mismo y, por esta vía, de las demás relaciones obligatorias que dependen de él (en cuanto fuente) solución justa y equitativa y coherente con la naturaleza unitaria del contrato y, particularmente, con el requerimiento causal –funcional que se deriva del art. 1524 del cc [causa de las obligaciones] ...”.

⁶⁶ “ARTÍCULO 1524. <CAUSA DE LAS OBLIGACIONES>. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

⁶⁷ “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 inejecución 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 sobrevenida de cumplimiento y asignación del riesgo en los contratos bilaterales. El caso de las obligaciones diferentes a las de cosas de cuerpo cierto. Apuntes para un debate”, pág. 5.

en consecuencia, a la terminación del negocio jurídico⁶⁸. 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 indispensablemente para su existencia (...)”⁶⁹.

54. Así las cosas, 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 desaparición de la causa que la sustenta y, dependiendo de su magnitud, conduciría a la terminación del contrato– devendría de un evento de fuerza mayor, tendría que concluirse que, en los términos de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil –inciso segundo–, 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.

55. Al respecto, debe tenerse en cuenta –como ya se ha mencionado– que, bajo el derecho común, la inejecución de obligaciones por eventos de fuerza mayor no da lugar a la indemnización de perjuicios. Sobre este punto, el inciso segundo del artículo 1616 del Código Civil establece: *“La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”*. No obstante, el inciso final añade que esta regla de responsabilidad puede ser modificada por las partes: *“Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”*. Debe tenerse en cuenta, además, que la agravación del régimen de responsabilidad del deudor debe pactarse expresamente, pues así lo impone el inciso final del artículo 1604 de esa misma normativa, en cuanto dispone que: *“Todo lo cual [se refiere a la culpa por la que responde el deudor y a la inexistencia de responsabilidad por caso fortuito], sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”*.

56. A tono con esta exigencia legal, la jurisprudencia señala que las cláusulas de atenuación, limitación o agravación de responsabilidad constituyen *“pactos dispositivos expresos, claros e inequívocos para disciplinarla [la responsabilidad del deudor] anteladamente con la alteración, variación, o modificación del régimen normativo ordinario, bien por el incumplimiento de una relación jurídica preexistente,*

⁶⁸ *“... resulta necesario, por una parte, superar la dicotomía objetiva-subjetiva de la causa y partir de una consideración unitaria o ‘sincrética’, en la que la causa se conciba como el propósito común de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento, que en los contratos con prestaciones correlativas conduce necesariamente a la interdependencia de las obligaciones y, por otra, entender que la causa debe estar presente no solamente en el perfeccionamiento del contrato sino también durante su ejecución”*, ídem.

⁶⁹ En la misma providencia la Corte Suprema de Justicia precisó que el efecto de la fuerza mayor puede afectar solamente algunas prestaciones, pero que si se establece que sin ellas el acreedor no hubiere contratado si no se cumpliera, entonces, desaparece la causa del contrato y, por tanto, este hecho conduciría a su terminación. Si ello no es así, *“habrá lugar a una disminución de la contraprestación ...”*

*ya por los riesgos inherentes a su ejecución, ora por el quebranto de otros derechos e intereses protegidos*⁷⁰.

57. Así las cosas, pese a que, en principio, cuando el hecho de que la imposibilidad de ejecutar un contrato devenga de un evento de fuerza mayor libere a las partes del cumplimiento de sus obligaciones sin responsabilidad para ninguna de ellas, es posible también arribar a otra conclusión, siempre que expresamente se hubiere estipulado lo contrario.

El caso concreto

58. Para resolver el conflicto que corresponde desatar en esta instancia, se tendrán en cuenta las anotaciones hechas en precedencia acerca de la figura del rompimiento del equilibrio económico del contrato, la teoría de la imprevisión en el marco de los contratos regidos por el derecho privado, así como las referidas a la fuerza mayor.

59. Así, empieza la Sala por señalar que la atribución de responsabilidad que la parte actora endilga a la demandada no partió de imputarle el daño por el cual reclama indemnización a causas originadas en la conducta precontractual, contractual o extracontractual de la E.S.E⁷¹. La causa en la que se sustentaron las pretensiones se circunscribió a señalar que, si bien el origen del daño se debió a una causa extraña a las partes –el sometimiento de la E.S.E al proceso de liquidación y sus consecuencias sobre el contrato–, bien fuera que se clasificara bajo la teoría de la imprevisión o bajo la del hecho del príncipe⁷², la responsabilidad recaía en cabeza de la demandada en virtud de la figura del rompimiento del equilibrio económico del contrato prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Según lo explicado en precedencia, el hecho de que dicha figura no sea aplicable en los contratos regidos por el derecho privado, impide que se acceda a las pretensiones de la demanda bajo ese supuesto.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2011. Rad. 11001-3103-026-2000-04366-01. M.P William Namén Vargas. En la doctrina se sostiene la misma tesis: “*De suerte que, salvo algunas excepciones, como la que prohíbe la condonación anticipada del dolo, las normas sobre responsabilidad contractual, o sea, la derivada de los actos jurídicos, no son de orden público y pueden ser modificadas por los interesados mediante convenios que han de ser expresos, según lo exigen los textos legales mencionados, excluyendo así la presunción de tal clase de actos*”. Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones (8ª Ed.). Bogotá: Temis, 2008, p. 427.

⁷¹ No alegó, por ejemplo, que en las negociaciones previas que condujeron a la celebración del contrato la E.S.E hubiere faltado a su deber –derivado del principio de buena fe– de brindar a su contraparte información en relación con su situación, bien fuera administrativa, financiera o de cualquier otro tipo –o que la hubiere ocultado– que condujera avizorar que, eventualmente, pudiera incursionar en alguna de las causales de liquidación de la entidad, tampoco alega que la ESE, por su propia conducta, se hubiere puesto en ese situación y, menos aún, que hubiere incurrido en incumplimiento respecto de sus obligaciones.

⁷² “*Estamos ni más ni mes frente a un ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACUTAL en sus modalidades de TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN o HECHO DEL PRÍNCIPE. Lo anterior por cuanto el aspecto fundamental que resulta necesario señalar en esta oportunidad, es que tanto la doctrina como la jurisprudencia y la ley establecen que la legitimidad de la conducta estatal, para el caso frente a la medida de la liquidación, implica para el particular en compensación por el desequilibrio que se causa, el reconocimiento de los perjuicios que se le hubieren infringido*” Aparte tomado del acápite de fundamentos de derecho de la demanda (folio 17). Se precisa que, según la jurisprudencia de esta Corporación, el hecho del príncipe se presenta cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación financiera surgida al momento de celebrarlo, precisando sin embargo, que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante (sentencia del 18 de septiembre de 2003, Exp. 14577).

60. No obstante, como también se señaló, la Sala arriba a la conclusión de que, pese a la imprecisión del derecho invocado en la demanda, el asunto debe ser resuelto bajo el marco de la teoría de los riesgos en relación con el advenimiento de circunstancias que impiden la ejecución del contrato y lo llevan a su terminación –en este caso, como se analizó previamente, esa consecuencia se deriva directamente de la ley, ante la imposibilidad de que el liquidador de una entidad pública sometida a liquidación forzosa realice actos diferentes a llevar a término ese procedimiento administrativo–, pues a eso conduce la causa alegada en la demanda, lo cual, por tanto, se reitera, se impone en aplicación del aforismo que indica que a las partes corresponde señalar los hechos y al juez aplicar el derecho. Cabe advertir que este análisis no afecta el derecho al debido proceso de la demandada, en tanto no varía la causa que soporta las pretensiones y, por lo mismo, tampoco desconoce el principio de congruencia.

61. Pues bien, en el proceso se encuentra acreditado que el contrato No. 0648 de 2006 celebrado entre las partes y denominado como contrato de asociación, contempló especificaciones propias de un contrato de concesión mercantil⁷³. En efecto, lo que las partes contratantes convinieron fue la entrega de un espacio ubicado en la Clínica Comuneros de propiedad de la E.S.E contratante –concedente– con el fin de que FINSEMA –concesionario– adaptara y prestara los servicios de cuidados intensivos de adultos y pediátricos y de cuidados intermedios bajo la modalidad de atención integral. En razón de ello, FINSEMA se obligó a pagar a la E.S.E una suma fija mensual y un porcentaje sobre la facturación de los servicios.

62. De lo anterior se puede destacar que el contrato celebrado es un contrato atípico⁷⁴, de carácter conmutativo y sinalagmático⁷⁵, respecto del cual FINSEMA esperaba el retorno de las inversiones realizadas y obtener las utilidades esperadas en el plazo pactado para su ejecución, esto es, 5 años.

63. En el objeto del contrato, las partes señalaron expresamente que se celebraría “*sin riesgo compartido*”. Al leer su texto íntegro, se concluye que esta estipulación se entiende hecha respecto de los riesgos propios que puede suponer la ejecución misma del negocio jurídico (no su eventual terminación anticipada por efecto del advenimiento de un evento de fuerza mayor, respecto de lo cual no se encuentra un pacto expreso), que para la Fundación se traducían en las circunstancias que pudieran llevar al fracaso o éxito de su gestión para recuperar las inversiones realizadas en su desarrollo y para obtener las utilidades que esperaba en el plazo pactado, que fue los que expresamente asumió.

64. Ahora, de conformidad con la información consignada en las resoluciones por medio de las cuales el liquidador de la E.S.E resolvió las reclamaciones presentadas

⁷³ 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 distribución de sus productos o servicios o 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.

⁷⁴ En este tipo de contratos, el principio de libertad contractual permite pactar las particularidades necesarias para la debida ejecución del contrato, siempre y cuando lo pactado no vaya en contravía de la ley

⁷⁵ Toda vez que para que FINSEMA pudiera iniciar la adecuación y prestación de los servicios a su cargo era necesario que la E.S.E le hiciera la entrega de los espacios en los cuales cumpliría sus obligaciones.

por FINSEMA⁷⁶, la Sala encuentra acreditado también que a través de Decreto 810 del 14 de marzo de 2008 se ordenó la supresión y liquidación de la E.S.E, en consecuencia, a partir de ese momento, se inició el 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 810⁷⁷ señaló, en concordancia con las normas que rigen el procedimiento administrativo de liquidación forzosa de entidades públicas del orden nacional, la prohibición de iniciar nuevas actividades (artículo 3º) 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”*⁷⁸.

65. Como se observa, en este caso la terminación del contrato No. 648 de 2006 se produjo de manera sobreviniente ante la imposibilidad de la E.S.E de continuar su ejecución debido al proceso de liquidación forzosa a la que fue sometida. En consecuencia, se concluye que la causa a la que se atribuye el daño estuvo determinada por un evento externo a la demandada, en tanto, como se analizó previamente, 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, la cual, además, como también se vio, no puede oponerse o resistirse a ella.

66. Adicionalmente, se trató de un hecho que, aunque posible no era suficientemente probable al momento de la celebración del contrato. De hecho, la parte actora alega que se trató de un evento que podía enmarcarse, o bien en la teoría de la imprevisión o bien en la del hecho del príncipe; así, al margen de las diferencias que existen entre estas dos figuras y sus consecuencias, lo cierto es que ambas suponen el surgimiento de un evento imprevisible al momento de la celebración del negocio jurídico. En este punto se pone además de presente que, si bien en el Decreto 810 de 2008, como fundamento para adoptar la medida 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 sobre auditoria gubernamental con enfoque integral correspondiente a las vigencias de 2005 y 2006, lo cierto es que ello solamente da cuenta de la realización de tales informes, mas no de que desde antes de la celebración del contrato los resultados de tales informes pudieran 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

⁷⁶ Obrantes de folios 98 a 140 y 179 a 209 del cuaderno 1.

⁷⁷ Tomado de: <https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1170454#:~:text=por%20el%20cual%20se%20suprime,y%20se%20ordena%20su%20liquidaci%C3%B3n>.

⁷⁸ 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”.

de entidades públicas del orden nacional, y menos a que, en ejercicio de su potestad discrecional, el Presidente tomara esa medida.

67. En consecuencia, como está probado que en este caso la causa que determinó la terminación del contrato obedeció a un evento de fuerza mayor –en tanto se encuentran reunidos los elementos de esta figura, esto es, que el hecho sea imprevisible, irresistible y externo–, se debe concluir, de una parte, que ambos contratantes quedaron liberados del cumplimiento de sus obligaciones, y, de otra, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil y del inciso segundo del artículo 1616 *ibidem*, la E.S.E 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.

68. A esta conclusión se arriba, además, porque en el contrato las partes no estipularon expresamente la agravación del régimen de responsabilidad. En efecto, en la única parte del contrato que se refirieron a los riesgos fue al definir el objeto, en el que se estipuló que el contrato se celebraba “*sin riesgo compartido*”⁷⁹, dicho pacto, como ya se dijo, suponía que cada uno de los contratantes asumía los riesgos que le eran inherentes de cara a las obligaciones que asumió, sin que la otra tuviera parte en ello. De las obligaciones pactadas tampoco se encuentra que alguno de los contratantes hubiere asumido expresamente la responsabilidad por los perjuicios que se pudieran causar en el evento de que, ante el surgimiento de un evento de fuerza mayor, el contrato no se pudiera ejecutar hasta su terminación. Así, como ese aspecto no fue regulado expresamente por las partes, se debe aplicar al caso lo dispuesto en el ya mencionado artículo 1604 del Código Civil, lo que impide acceder a las pretensiones indemnizatorias de la parte actora y, conlleva, por lo mismo, a confirmar la decisión del *a quo* sobre este mismo aspecto.

69. Finalmente, es pertinente mencionar que en la contestación de la demanda la E.S.E señaló que se oponía a que se reconociera el monto reclamado por la parte actora a título de daño emergente porque FINSEMA había retirado los equipos y elementos que se instalaron para la ejecución del contrato, los cuales, por tanto, estaban en su poder. Desde los alegatos de la primera instancia, la demandante ha negado esa afirmación y, en cambio, ha afirmado que, si bien los reclamó, nunca le fueron entregados.

70. Al respecto, la Sala estima necesario advertir que en este proceso no se solicitó que se ordene a la demandada la devolución de tales equipos y elementos, sino que se reconozcan los perjuicios que se habrían causado como consecuencia de la terminación unilateral del contrato, dentro de los que se incluyeron los valores asociados a este concepto⁸⁰, en tanto la parte actora no los habría recuperado. En consecuencia, este aspecto del litigio sólo habría podido abordarse en caso de que se hubiera accedido a la pretensión de la demandante que sirvió de fundamento a las solicitudes indemnizatorias. Como esto no aconteció, no se harán consideraciones sobre el aspecto indicado.

⁷⁹ Folio 43, cuaderno 1.

⁸⁰ En el acápite de estimación de la cuantía se incluyó por concepto de “*COMPRA DE EQUIPO MÉDICO CIENTÍFICO Y DEMÁS*” la suma de \$2.374'992.990 (folio 34, cuaderno 1).

La pretensión de liquidación judicial del contrato

71. Como consecuencia de lo expresado en el acápite anterior, la Sala no accederá a la solicitud de la parte actora en el sentido de que se revoque la decisión del Tribunal de liquidar en ceros el contrato, para, en su lugar, incluir como saldos a su favor los valores que reclama a título de indemnización de perjuicios derivados de la terminación anticipada del negocio jurídico. Como ningún otro reparo se presentó frente a la liquidación, la Sala debe confirmar la decisión que se adoptó en primera instancia frente a esta materia.

Costas

72. 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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

(aclaración de voto)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

(aclaración de voto)

VF

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>