**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Competencia - Criterio orgánico**

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, siendo una de las partes del presente proceso una entidad pública, se reafirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del litigio. (…) Se establece la naturaleza pública de Transmetro, parte contratante y demandada en este proceso, teniendo en cuenta que en el acervo probatorio se acredita su condición de una sociedad por acciones “constituida entre entidades públicas del orden Distrital y con participación del área metropolitana de Barranquilla, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante acuerdo metropolitano No. 003 de 2003 de la Junta Metropolitana del Distrito de Barranquilla y su Área Metropolitana y mediante Acuerdo 003 de 2003 del Concejo Distrital de Barranquilla, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente”. (…) Finalmente, con independencia del régimen aplicable al contrato en que surge la controversia, se agrega que corresponde a esta jurisdicción conocer de las pretensiones de nulidad impetradas contra los actos administrativos expedidos por la entidad pública en desarrollo del contrato, en los cuales se invocó el ejercicio de las facultades de liquidación unilateral previstas en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993, contentiva del estatuto general de contratación de la administración pública.

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Régimen jurídico aplicable**

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, fueron definidas como empresas estatales, a las que aplica el estatuto de contratación pública contenido en esa ley, las empresas industriales y comerciales del estado – EICE- y las sociedades de economía mixta, en las que el Estado tenga participación superior al 50%. Con fundamento en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 se precisó que el régimen general de contratación de las EICE –aplicable a las sociedades públicas y a las de economía mixta con capital público en más del 90%- era el contenido en la Ley 80 de 1993, salvo en las normas especiales que permitieran la aplicación del derecho privado para las actividades propias de la respectiva empresa, según se desprende del texto del citado artículo, el cual dispone: “Artículo 93**.** Régimen de los actos y contratos. “Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”. (…) Esta Subsección ha observado que la contratación de las EICE – y de las sociedades púbicas- se somete a la Ley 80 de 1993 -aplicable para la época en que se celebró el contrato CC\_1 de 2005, en la siguiente forma:“[L]os actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica se sujetan a las regulaciones del derecho privado, pero los contratos que ellas celebran para el cumplimiento de su objeto se sujetan al régimen del estatuto contractual de las entidades estatales. (…) Armonizando las disposiciones de la ley 80 con el artículo 93 de la ley 489 de 1998, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado se adoptarán tales disposiciones, esto es, las normas especiales, pero en lo no exceptuado, tales contratos se regirán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual. (…)”.

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Contratos - Régimen jurídico exceptivo**

A título ilustrativo -dado que corresponde a la legislación posterior a la celebración del contrato que se examina en este proceso- debe indicarse que el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del estado se modificó nuevamente con la Ley 1150 de 2007 y luego, con la Ley 1474 de 2011, bajo la cual se estableció un régimen exceptivo de aplicación del derecho privado para las contrataciones de las empresas que ejercen su actividad *en competencia* con el sector público o privado o en mercados regulados.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Unilateral - Soportes - Hechos económicos**

La liquidación unilateral debe estar fundada en las pruebas de los hechos económicos ocurridos en la actividad contractual y es aquí donde se advierte que, en realidad, la liquidación unilateral implica elaborar la contabilidad del contrato y por ello, conlleva un proceso valorativo de los soportes (por ejemplo, el contrato, las actas de obra, las actas de entrega, las facturas, entre otros), el cual se enmarca en la debida motivación del acto administrativo, pero comparte las reglas y principios que rigen los estados financieros, con independencia de que se trate de un contrato regido por el estatuto de contratación pública o por el derecho privado. (…) Por ejemplo, establecer un activo o un pasivo, su valor y el monto de los intereses causados a la fecha de corte del estado financiero de liquidación requiere una valoración de los soportes, de sus condiciones legales, económicas y técnicas, lo cual constituye una actividad de gran importancia y potencialidad en las relaciones contractuales, en la medición de las obligaciones y en su prueba, pero en sí misma no puede calificarse como una potestad exorbitante. (…) Tampoco es ajena al derecho común la fuerza probatoria de la contabilidad debidamente registrada, como se ha observado, desde hace muchos años, por la doctrina en materia comercial, de manera que, si el balance de liquidación se funda en los soportes presupuestales -para medir la ejecución- y en los soportes financieros-para establecer las partidas crédito o débito- alcanza una validez probatoria fundada, sin que por ello se constituya en una exorbitancia. […]Todo lo anterior se ha expuesto para concluir que la Sala comparte el concepto técnico y la naturaleza del acto de liquidación unilateral contenido en la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto resultó impreciso afirmar, para este caso, que la facultad de liquidar unilateralmente el contrato era una “exorbitancia en manos públicas […]”.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Caducidad de la acción - Liquidación del contrato - Unilateral**

De conformidad con el numeral 10), literal c) del artículo 136 del CCA, aplicable a este proceso, la caducidad de la acción relativa a contratos que han sido objeto de liquidación unilateral opera en el siguiente término: “d) En los [contratos] que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe”.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Unilateral - Acta de liquidación - Concepto técnico**

La cláusula de liquidación unilateral en su aspecto central constituye una facultad para establecer el balance, es decir el estado financiero de la cuenta final de liquidación del contrato, la cual procede cuando su ejecución ha terminado; su nota característica es la de constituir un mecanismo para definir, mediante un acto administrativo, con presunción de legalidad y carácter de título ejecutivo, el reconocimiento y medición de la posición final, bien sea deudora o acreedora, que resulta para el Estado contratante al término del contrato. (…) El concepto técnico del acto de liquidación unilateral se corresponde con la facultad de establecer un estado financiero de propósito específico en relación con la ejecución del contrato, en el cual se revela “el balance de la relación negocial, tendiente a establecer lo que fue la ejecución del convenio y a determinar, desde el punto de vista estrictamente económico, quién debe a quién y cuánto”.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Acto administrativo - Modificación**

Las modificaciones que introdujo la Ley 1150 de 2007 al referido procedimiento de liquidación unilateral del contrato se aprecian en la comparación entre el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 (…) Es útil destacar que en su artículo 11 la Ley 1150 de 2007 hizo referencia a la “notificación o convocatoria” como presupuesto del debido proceso para la liquidación unilateral.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO** - **Cláusulas excepcionales**

En primer lugar, se hace notar que la facultad de establecer la cuenta final de liquidación en forma unilateral no corresponde a un potestad excepcional -o exorbitante- de las que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por cuanto en esa norma se plasman las cláusulas excepcionales al derecho común que tienen la nota característica de constituir un poder unilateral para buscar la continuidad del servicio y garantizar su prestación efectiva.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Unilateral - Concepto**

Por ello, actualmente puede precisarse que la facultad de liquidación unilateral comprende un deber y un derecho de levantar la contabilidad presupuestaria y financiera del contrato para establecer de manera unilateral el monto que se ejecutó, las partidas que conforman el balance y el saldo final de la ejecución, de conformidad con los hechos económicos que se presentaron. La liquidación unilateral debe estar fundada en las pruebas de los hechos económicos ocurridos en la actividad contractual y es aquí donde se advierte que, en realidad, la liquidación unilateral implica elaborar la contabilidad del contrato y por ello, conlleva un proceso valorativo de los soportes (por ejemplo, el contrato, las actas de obra, las actas de entrega, las facturas, entre otros), el cual se enmarca en la debida motivación del acto administrativo, pero comparte las reglas y principios que rigen los estados financieros, con independencia de que se trate de un contrato regido por el estatuto de contratación pública o por el derecho privado.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Debido proceso - Cumplimiento - Convocatoria del contratista**

en la etapa de la liquidación bilateral no se configuró la violación del debido proceso imputada por la demandante, dado que Transmetro le dio la oportunidad de controvertir el proyecto de liquidación y explicó las razones por las cuales no era procedente introducir los cambios sugeridos por la Compañía de Profesionales de Bolsa, además de que la citó a las reuniones correspondientes en varias oportunidades e hizo constar la entrega de la documentación requerida por el apoderado de la referida compañía.Por lo anterior, se encontró cumplido el agotamiento de la etapa de liquidación bilateral y la citación previa a la expedición del acto de liquidación unilateral, de conformidad con lo previsto en la ley.Para concluir este punto, se resalta que el debido proceso se cumple frente al contratista que habiendo sido convocado no asistió a las reuniones para buscar el mutuo acuerdo.



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 08001-23-31-006-2011-01461-01(59279)**

**Actor: COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A.**

**Demandado: TRANSMETRO S.A.**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL (CCA)**

***Temas****: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – procedimiento de liquidación – agotamiento de la etapa de liquidación bilateral – se cumple frente al contratista que habiendo sido convocado no asiste a las reuniones – ACTO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL – concepto técnico y naturaleza jurídica – no es potestad exorbitante del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. Síntesis del caso**

El 8 de julio de 2005 se suscribió el contrato de *“sindicación de créditos CC\_1*” entre Transmetro S.A.[[1]](#footnote-1) y la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A., en desarrollo del cual la citada compañía prestó los servicios de banca de inversión para la financiación de la infraestructura del Portal de Soledad.

Las partes entraron en disputa por razón del plazo del contrato y las comisiones supuestamente adeudadas; Transmetro consideró que el contrato había terminado por vencimiento del plazo previsto en el otrosí No. 3 y citó a las reuniones para adelantar la liquidación bilateral, pero la Compañía de Profesionales de Bolsa no asistió, ante lo cual Transmetro resolvió liquidar unilateralmente el contrato y declarar que las partes se encontraban a paz y salvo.

**2. La demanda**

Mediante demanda presentada el 13 de diciembre de 2011[[2]](#footnote-2), la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A.[[3]](#footnote-3), en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra Transmetro S.A. (se transcribe de forma literal):

*“PRIMERA. Que se declare la nulidad del Acto Administrativo No. 410 de fecha 5 de noviembre de 2009, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de ‘sindicación de créditos ‘No. CC\_1 de fecha 8 de julio de 2005’, y del Acto Administrativo No. 4053 de fecha 18 de diciembre de 2009, el cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 410 citada”[[4]](#footnote-4).*

*“SEGUNDA*[[5]](#footnote-5)*. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada reconocer a Profesionales de Bolsa S.A., los siguientes conceptos y valores:*

*“1. La suma de CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS ($194’492,346) M/CTE, por concepto de intereses moratorios con corte a 19 de octubre de 2009, o por la mora en el pago de la Comisión de Éxito ($1.523’558.808) ya cancelada y pactada en el Contrato de Concesión 3000-003-08 de 2008, suscrito el 5 de enero de 2008 entre Transmetro S.A. y el Consorcio Grandes Proyectos.*

*“2. La suma de OCHENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE ($83’666.667) M/CTE, por concepto de los honorarios fijos del período comprendido entre el 5 de enero y el 16 de septiembre de 2009, de acuerdo con el Contrato de Sindicación de Crédito No. CC\_1 de 8 de julio de 2005.*

*“3. La suma de MIL CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS ($1.045’000.000) por concepto de comisión de éxito por la estructuración del crédito sindicado suscrito el 16 de septiembre de 2009 o posterior con los bancos Davivienda y Bancolombia, tal como se señala en el numeral 9 de la resolución de liquidación unilateral del contrato, donde uno de los elementos de la contraprestación a Profesionales de Bolsa S.A., era una comisión de éxito por la estructuración y colocación del crédito, haciendo uso de los contactos, avances y documentos de trabajo.*

*“4. Por los valores que se llegaren a probar correspondientes a los contratos en que se hubiesen utilizado los proyectos, documentación y demás elaborados y entregados por la parte demandante a la parte demandada, y que a la fecha no han sido reconocidos y cancelados.*

*“5. Por los intereses moratorios de las sumas adeudadas desde que se hicieron exigibles hasta que se verifique su pago, contenidos en los numerales 2 a 4 antes citados.*

*“6. Las sumas contenidas en los numerales 2 a 4 antes citados deberán ser indexadas al momento de su cancelación”[[6]](#footnote-6).*

**3. Los hechos**

La parte actora narró los siguientes hechos:

**3.1.** El 8 de julio de 2005 se suscribió el contrato de *“sindicación de créditos CC\_1*” entre Transmetro y la Compañía de Profesionales de Bolsa, el cual tuvo por objeto la estructuración financiera y posterior colocación de un crédito sindicado para la financiación de la infraestructura del proyecto de Transmetro.

**3.2.** El contrato se celebró por el término de 12 meses, el acta de inicio se suscribió el 26 de agosto de 2005, el plazo contractual se prorrogó mediante otrosí No. 1 de 26 de agosto de 2006 por un año, hasta el 25 de agosto de 2007.

**3.3**. La demandante observó que en el contrato de sindicación de crédito CC\_1 de 8 de julio de 2005 se acordó el pago de honorarios fijos a partir del mes 12, por la suma de $10’000.000 mensuales y de una comisión de éxito equivalente al 0.95% del valor de cada operación de sindicación.

**3.4.** En el otrosí No. 2 del 9 de enero de 2007 se determinó como valor resultante del contrato, hasta esa fecha, la suma de $665’000.000, correspondiente a los honorarios fijos.

**3.5.** Luego de una suspensión, mediante el otrosí No. 3 de 2 de enero de 2008, el contrato se prorrogó hasta el 24 de agosto de 2008 o *“hasta que concluyan las actividades”* comprendidas en el *“proceso licitatorio para la construcción y diseño del portal la Soledad, hoy en estructuración*”[[7]](#footnote-7). En el mismo otrosí No. 3 se adicionó el valor del contrato en la suma de $40’000.000 por la estructuración de la financiación del negocio de publicidad de Transmetro.

**3.6**. El 5 de enero de 2008 Transmetro suscribió con el Consorcio Grandes Proyectos el contrato de concesión para la estación de cabecera y el diseño, construcción y operación del desarrollo inmobiliario que compone el *“Portal de Soledad del Sistema Transmetro”* que opera en Barranquilla y el Área Metropolitana.

**3.7.** La Compañía de Profesionales de Bolsa indicó que, en desarrollo del contrato CC\_1 elaboró el modelo financiero de la concesión, definió la estructura de capital y de deuda requerida, el monto de la remuneración y la generación de recursos para Transmetro, preparó los documentos de la licitación y acompañó a esa entidad en las audiencias de distribución de riesgos y de adjudicación del contrato de concesión antes citado.

**3.8.** Según narró la demandante, el acuerdo de estructuración del crédito sindicado se suscribió el 16 de septiembre de 2009, con los bancos Davivienda y Bancolombia.

**3.9.** Agregó que, estando próximo a vencer el plazo del contrato de sindicación del crédito CC\_1 y a obtener la consecución del crédito sindicado, la Compañía de Profesionales de Bolsa solicitó una prórroga del referido contrato, la cual no llegó a perfeccionarse.

**3.10.** Por su parte, Transmetro suscribió un contrato con Ikón Banca de Inversión[[8]](#footnote-8), a través del cual, según estimó la demandante, se culminaron las actividades encomendadas a la Compañía de Profesionales de Bolsa.

**3.11.** Mediante Resolución 410 de 5 de noviembre de 2009, confirmada por Resolución 453 de 18 de diciembre de 2009, Transmetro realizó la liquidación unilateral del contrato CC\_1 y en ella no reconoció la comisión de éxito, los intereses sobre la misma, ni la parte de los honorarios fijos causados entre la firma del contrato de concesión, 5 de enero de 2009 y la fecha en que se habría perfeccionado la sindicación de créditos con Bancolombia y Davivienda, según la demandante, el 16 de septiembre de 2019.

**4. Concepto de violación**

La parte actora invocó como normas jurídicas vulneradas los artículos 2, 4, 6, 13, 58 y 90 de la Constitución Política y los artículos 3, 4, 5, 26, 27, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, que contenían las reglas del contrato y las de su liquidación.

De la misma forma invocó el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que estaba vigente para la época en que se adelantó la liquidación unilateral del contrato.

De manera concreta, expuso la violación del debido proceso en la expedición de las resoluciones acusadas, toda vez que, en criterio de la demandante, Transmetro se abstuvo de estudiar el oficio radicado el 20 de octubre de 2009 por parte de la Compañía de Profesionales del Bolsa, siendo su tema principal el proyecto de la liquidación del contrato.

Observó que Transmetro adujo en el acto de liquidación unilateral una supuesta desatención de la citación por parte de la Compañía de Profesionales de Bolsa; sin embargo, indicó que en el trámite correspondiente Transmetro vulneró la ley, toda vez que ha debido entrar a estudiar aquella parte de la comunicación entregada el 20 de octubre de 2009 que contenía lo referente al proyecto de liquidación del contrato, aunque no se le hubiera concedido la solicitud de prórroga referida en la misma comunicación.

Igualmente indicó que las resoluciones acusadas desconocieron la realidad contractual, dado que la comisión de éxito fue pagada por el Consorcio Grandes Profesionales, en desarrollo del contrato que estructuró la demandante y se quedaron adeudando los intereses y las comisiones fijas causadas en forma proporcional.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda una vez corregida, mediante auto de 7 de febrero de 2012[[9]](#footnote-9).

**4.2.** Vencido el término de fijación en lista, el Tribunal *a quo* decretó las pruebas solicitadas por las partes, mediante autos de 9 de agosto y 2 de noviembre de 2012[[10]](#footnote-10).

**4.3. Contestación de la demanda**

En la contestación de la demanda[[11]](#footnote-11), Transmetro se opuso a todas las pretensiones.

En relación con los hechos observó que el contrato de sindicación de créditos inició desde la fecha de la firma y terminó al suscribirse el contrato de concesión 300-003-08, el 5 de enero de 2009, fecha para la cual se encontraba vencido el plazo contractual estipulado y no había ninguna actividad pendiente a cargo de la contratista.

Especificó que tuvo que acudir a la liquidación unilateral del contrato CC\_1, por la inasistencia y continuas dilaciones de la Compañía de Profesionales de Bolsa frente a las citaciones realizadas para buscar la liquidación bilateral.

Afirmó que pagó todas las obligaciones a su cargo; destacó que la suma total pagada a la Compañía de Profesionales de Bolsa ascendió a $1.089’.000.000, valor que comprendió la remuneración por todas las actividades pactadas y ejecutadas hasta la fecha de terminación del contrato CC\_1, esto es hasta el 5 de enero de 2009[[12]](#footnote-12).

Expuso que la contratista no tenía derecho a la exclusividad en el servicio prestado y que, aún en el supuesto de que el contrato celebrado con Ikón tuviera el mismo objeto –que no lo tenía- Transmetro estaba en plena libertad de seleccionar otro contratista, dada la terminación de la relación contractual anterior.

En los argumentos de defensa, la demandada reiteró que la liquidación bilateral no se llevó a cabo por culpa de la contratista, que no hubo transgresión del debido proceso, por cuanto la propia contratista pidió aplazamiento de la reunión citada para el 16 de septiembre de 2009 y luego requirió la entrega de información, la cual se le facilitó el 6 de octubre de 2009 y, por último, cuando fue citada nuevamente no compareció, todo lo cual abrió paso a la liquidación unilateral que se realizó mediante Resolución 410 de 5 de noviembre de 2009.

Agregó que Transmetro no está obligado a pagar sumas adicionales en relación con los créditos otorgados por Bancolombia y Davivienda, por cuanto no está demostrado que la Compañía de Profesionales de Bolsa hubiera realizado actividades para la consecución de los créditos aprobados por dichas entidades.

Reafirmó que el contrato de concesión 300-003-08 se suscribió el 5 de enero de 2009 y que después de ello solo quedaba por realizar la liquidación del contrato con la Compañía de Profesionales de Bolsa.

Precisó que la demandante se refirió en su reclamación a hechos posteriores a la terminación del contrato de sindicación de créditos, los cuales no debían ser tenidos en cuenta en la liquidación del contrato CC\_1.

Finalmente, Transmetro presentó las siguientes excepciones: **i)** la presunción de legalidad de los actos administrativos y **ii)** la inexistencia de la obligación.

**4.4. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo del Atlántico profirió sentencia el 26 de enero de 2017, en la cual denegó las pretensiones de la demanda, por considerar que al expedir las Resoluciones 410 y 453 de 2009, Transmetro no incurrió en la causal de nulidad por *“violación de las normas en que debía fundarse”.*

Al resolver el caso concreto, el Tribunal *a quo*, en primer lugar, se refirió al *“concepto técnico y naturaleza jurídica del acto de liquidación”*, destacó que la liquidación del contrato contiene un corte de cuentas, en virtud del cual la partes definen el resultado de la ejecución del contrato. Explicó que la liquidación consiste en un “*balance”* “*tanto técnico como económico”* de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes y, por ello, debe incluir un análisis detallado de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes.

En cuanto al procedimiento de liquidación, el Tribunal *a quo* reseñó que el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 derogó el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 y dispuso que *“en aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación, previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del CCA”.*

El Tribunal *a quo* indicó que el requisito de las glosas o constancias requeridas para demandar el acto de liquidación solo puede predicarse respecto de la liquidación bilateral.

Agregó que la liquidación unilateral constituye una *“exorbitancia en manos públicas”* y un *“poder excepcional”*, teniendo en consideración que el acto de liquidación unilateral comprende la apreciación unilateral de los hechos y del derecho en todos los aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato.

Al resolver el caso concreto se analizaron dos aspectos:

**i)** En cuanto a la supuesta violación del debido proceso, el Tribunal *a quo* presentó un recuento de la correspondencia dirigida por Transmetro a la Compañía de Profesionales de Bolsa citándola a la liquidación (Oficios No. 02657 de 14 de octubre de 2009 y No. 2367 de 18 de septiembre de 2007) e informándole sobre el pago de la comisión de éxito (Oficio CGP-TM-237-09 del 3 de diciembre de 2009), con base en los cuales encontró acreditados “*los ingentes esfuerzos desplegados por la parte accionada Transmetro S.A., tendientes a vincular a la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A. al proceso de liquidación del Contrato de Sindicación de Créditos CC\_1”*, sin embargo, tal como advirtió la sentencia, fue esta última compañía quien, *“pese a encontrarse notificada de la referida actuación administrativa, no asistió a la misma”*[[13]](#footnote-13).

El Tribunal *a quo* consideró que la Compañía de Profesionales de Bolsa *“no quiso”* vincularse al trámite de liquidación, *“pretendiendo ahora obtener la nulidad de las Resoluciones Nos 410 y 453 de 2009, fundamentándose para ello en su propia inactividad procesal”[[14]](#footnote-14).*

**ii)** En relación con la supuesta transgresión de la buena fe contractual, que según la demandante habría sido vulnerada por haber facilitado a la empresa Ikón la información y proyectos relacionados con el contrato de concesión, el Tribunal *a quo* observó que el argumento de la demandante pretendió *“controvertir la conducta de la administración respecto de la ejecución de un contrato ajeno al que es materia de la presente Litis”*.

Agregó que se *“estaría”* en presencia de un acto de supuesta conducta desleal de la administración y/o de Ikón, en cuyo caso, la *“vía procesal idónea no sería la solicitud de nulidad del acta de liquidación”* del contrato[[15]](#footnote-15).

**4.6. El recurso de apelación**

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia y sustentó el respectivo recurso el 9 de marzo de 2017[[16]](#footnote-16).

Manifestó su inconformidad con los argumentos expuestos por el Tribunal *a quo,* por considerar que ese tribunal realizó una indebida valoración de las pruebas e impuso cargas al demandante no contempladas en la ley.

**4.6.1. Frente al análisis del debido proceso**

La apelante reseñó que la Compañía de Profesionales de Bolsa radicó el 20 de octubre de 2009 un oficio relacionado con la liquidación, con posición justificada y solicitudes expresas de remisión de documentos necesarios para el proceso liquidatorio, el cual se mencionó en la Resolución No. 410, pero no se estudió ni se produjo pronunciamiento alguno sobre el mismo.

Agregó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta que en la Resolución No. 453 de 18 de diciembre de 2009 se denegaron las pruebas solicitadas con un argumento *“poco satisfactorio”*.

La apelante afirmó que, si en gracia de discusión no hubiera atendido la citación, ello no significa *“una sanción que impida a los demandantes solicitar la indemnización de perjuicios”[[17]](#footnote-17),* la cual, en su criterio, constituyó un aspecto de la controversia que se dejó de solucionar en la sentencia de primera instancia.

Especificó que no se trató de una liquidación bilateral y que era posible reclamar los perjuicios que se originaban en el incumplimiento con el pago de las sumas que debieron ser reconocidas en la etapa de liquidación del contrato.

En el escrito de apelación, la parte actora relacionó las pruebas aportadas con la demanda, reseñó el objeto del contrato de sindicación de créditos y destacó que la asesoría contratada comprendió, también, el “*diseño y la implementación de un programa de vinculación del sector privado para el desarrollo de ciertas obras en la eventualidad de no poder ser financiadas con los recursos provenientes del Crédito Sindicado”[[18]](#footnote-18),* en desarrollo de lo cual, según manifestó la apelante, se suscribió el contrato de concesión y se obtuvo el otorgamiento de los créditos de Bancolombia y Davivienda.

Indicó que las pruebas acreditan que la Compañía de Profesionales de Bolsa elaboró el modelo financiero *“del negocio y de los concesionarios”.*

Igualmente manifestó que dentro de las pruebas obrantes en el proceso estaba acreditada la *“terminación unilateral del contrato por parte de Transmetro sin fundamento alguno* [y ] *el incumplimiento del contrato por parte de este”[[19]](#footnote-19).*

En relación con la prueba testimonial, afirmó que el testimonio de la representante legal de Bancolombia, recibido el 9 de abril de 2013, acreditaba que el crédito sindicado fue otorgado a Transmetro y que la Compañía de Profesionales de Bolsa realizó la banca de inversión para el respectivo crédito.

Puntualizó que con base en la prueba pericial se aclaró el motivo de la expedición del paz y salvo suscrito por el contador de la Compañía de Profesionales de Bolsa, y que el dictamen acompañó la prueba de la existencia de la disponibilidad presupuestal para respaldar el pago de las comisiones y los valores adeudados a la demandante.

**4.6.2. Frente al análisis del Tribunal a quo en cuanto a la transgresión de la buena fe contractual**

La apelante manifestó que el Tribunal *a quo* se equivocó al considerar que la demandante pretendía establecer una conducta desleal por parte de Transmetro en la celebración del contrato celebrado con Ikón, puesto que ese no era el propósito de la prueba.

Afirmó que lo que se acreditó en el presente proceso fue que ese contrato se celebró y que las comisiones por el otorgamiento del crédito no fueron incluidas en la liquidación del contrato de crédito sindicado, al paso que, según aseveró la apelante, fueron *“canceladas”[[20]](#footnote-20)* a un tercero, es decir a Ikón.

Finalmente la apelante transcribió la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual, dada la presunción de legalidad del acto administrativo, es preciso demandar la nulidad del acto de liquidación unilateral, para abrir paso al ajuste de las cuentas de liquidación[[21]](#footnote-21).

**4.7. Alegatos en segunda instancia**

**4.7.1.** En la oportunidad para alegar, Transmetro solicitó confirmar la sentencia apelada, para lo que se opuso a la interpretación de las pruebas propuesta por la apelante, en la siguiente forma:

En su testimonio, la representante legal de Bancolombia indicó que la solicitud del crédito la elevó Transmetro, pero fue clara en afirmar que no conoció la intervención de la Compañía de Profesionales de Bolsa en ese trámite. Resaltó que dicha representante contestó *“no sé”* a la pregunta acerca de si tenía conocimiento respecto de la estructuración del crédito.

Reseñó que en el interrogatorio formulado al representante legal de Transmetro, el señor Manuel Tercero Fernández Ariza ratificó que los créditos de Bancolombia y Davivienda fueron aprobados en septiembre de 2009, cuando ya había culminado el contrato con la Compañía de Profesionales de Bolsa, el cual, según el declarante, finalizó el 6 de enero de 2009.

Destacó las respuestas de dicho representante legal, en las cuales explicó que el contrato celebrado con Ikón no era igual al que existió con Profesionales de Bolsa, dado que la contratación con Ikón se celebró para asesorar la desvinculación de los vehículos de transporte público y la asesoría en el proceso correspondiente.

Concluyó que las sumas reclamadas en este proceso por parte de la Compañía de Profesionales de Bolsa están por fuera de la relación contractual que existió con esa sociedad.

Reiteró que, cuando fue citada a la liquidación, la referida compañía no manifestó los reclamos que pretende hacer valer en este proceso.

Indicó que el dictamen pericial no tiene la fuerza para cambiar el rumbo procesal, dado que cuantificó o calculó los supuestos perjuicios pero en nada modificó el hecho de que el contrato celebrado entre las partes no se prorrogó con posterioridad al 6 de enero de 2009.

**4.7.2.** La parte demandante presentó el alegato de conclusión, en el cual reafirmó los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**4.7.3.** El **Ministerio Público** guardó silencio en su oportunidad[[22]](#footnote-22).

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción contractual; **3)** marco legal aplicable al contrato celebrado por Transmetro; **4)** del concepto técnico y la naturaleza jurídica del acto de liquidación; **5)** contenido de los actos impugnados; **6)** las pruebas aportadas al proceso; **7)** el caso concreto y **8)** costas.

En el caso concreto se analizaran el debido proceso y las pruebas frente al contenido de los actos de liquidación unilateral.

**1. Competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción Competente**

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993[[23]](#footnote-23), en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo[[24]](#footnote-24), siendo una de las partes del presente proceso una entidad pública, se reafirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del litigio.

Se establece la naturaleza pública de Transmetro, parte contratante y demandada en este proceso, teniendo en cuenta que en el acervo probatorio se acredita su condición de una sociedad por acciones *“constituida entre entidades públicas del orden Distrital y con participación del área metropolitana de Barranquilla, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, autorizada mediante acuerdo metropolitano No. 003 de 2003 de la Junta Metropolitana del Distrito de Barranquilla y su Área Metropolitana y mediante Acuerdo 003 de 2003 del Concejo Distrital de Barranquilla, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente”[[25]](#footnote-25).*

Finalmente, con independencia del régimen aplicable al contrato en que surge la controversia, se agrega que corresponde a esta jurisdicción conocer de las pretensiones de nulidad impetradas contra los actos administrativos expedidos por la entidad pública en desarrollo del contrato, en los cuales se invocó el ejercicio de las facultades de liquidación unilateral previstas en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993, contentiva del estatuto general de contratación de la administración pública.

**1.2. Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente litigio en segunda instancia, toda vez que el monto de las pretensiones superó la suma de $1.322’159.013[[26]](#footnote-26), valor que resulta superior al equivalente a 500 S.M.L.M.V ($737.717 x 500 = $368’858.500)[[27]](#footnote-27), exigido para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

**2. Caducidad de la acción contractual**

De conformidad con el numeral 10), literal c) del artículo 136 del CCA, aplicable a este proceso, la caducidad de la acción relativa a contratos que han sido objeto de liquidación unilateral opera en el siguiente término:

***“****d) En los [contratos] que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe”.*

En el expediente obra la Resolución No. 453 de 18 de diciembre de 2009, por medio de la cual Transmetro resolvió el recurso de reposición presentado por la Compañía de Profesionales de Bolsa contra la Resolución No. 410 de 5 de noviembre de 2009 y confirmó la decisión de liquidar unilateralmente el contrato de sindicación de crédito.

Igualmente, se acreditó la citación para la notificación de la mencionada, dirigida a la representante legal de la compañía, mediante oficio No 03157 de 18 de diciembre de 2009 para *“dar cumplimiento al artículo 44 del CCA*” y la constancia del envío de la aludida citación realizado el 21 de diciembre de 2009 a través del servicio de mensajería Deprisa - Avianca[[28]](#footnote-28); sin embargo no obra la constancia de la notificación por edicto que debió surtirse para concluir el trámite de notificación personal, según indica el artículo 45 del CCA, de manera que no es posible establecer con fundamento en los anteriores soportes, la fecha en que quedó ejecutoriado el acto de liquidación unilateral, demandado en este caso.

No obstante, se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 13 de diciembre de 2011, es decir, dentro de los dos años siguientes a la citación, por lo cual se puede concluir que no ocurrió la caducidad de la acción prevista en el artículo 136 del CCA, toda vez que la ejecutoria de acto demandado tuvo que ocurrir con posterioridad a la citación para notificación.

Por otra parte, obra en el expediente la solicitud de conciliación extrajudicial presentada ante la Procuraduría delegada para asuntos administrativos el 29 de abril de 2010[[29]](#footnote-29), en relación con las pretensiones de pago de las cifras relacionadas en los numeral 8 y 9 de la Resolución 410 de 2009, en la misma forma en que ahora se presentan en este proceso.

De acuerdo con el acta de conciliación, se tiene en cuenta que el término de dos años fijado en el CCA para la caducidad de la acción tampoco había expirado si la notificación personal se entiende realizada por conducta concluyente el 29 de abril de 2010, en la fecha en que se presentó la solicitud de conciliación.

Teniendo en cuenta que el acta de la diligencia de conciliación, que resultó fallida, se levantó el 16 de junio de 2010, se agrega que el término estuvo suspendido entre el 29 de abril de 2010 y el 16 de junio de 2010[[30]](#footnote-30), por lo cual, con mayor razón, se concluye que la demanda se presentó en tiempo.

**3. Marco legal aplicable al contrato celebrado por Transmetro**

**3.1. Régimen de contratación – Ley 80 de 1993**

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, fueron definidas como empresas estatales, a las que aplica el estatuto de contratación pública contenido en esa ley, las empresas industriales y comerciales del estado – EICE- y las sociedades de economía mixta, en las que el Estado tenga participación superior al 50%.

Se agrega que, mediante el artículo 38 de la Ley 489 de 1998[[31]](#footnote-31), se dispuso:

*“PARÁGRAFO 1 Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado”.*

Con fundamento en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 se precisó que el régimen general de contratación de las EICE –aplicable a las sociedades públicas y a las de economía mixta con capital público en más del 90%- era el contenido en la Ley 80 de 1993, salvo en las normas especiales que permitieran la aplicación del derecho privado para las actividades propias de la respectiva empresa, según se desprende del texto del citado artículo, el cual dispone:

*“Artículo 93****.*** *Régimen de los actos y contratos. “Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.*

Esta Subsección ha observado que la contratación de las EICE – y de las sociedades púbicas- se somete a la Ley 80 de 1993 -aplicable para la época en que se celebró el contrato CC\_1 de 2005, en la siguiente forma:

*“[L]os actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica se sujetan a las regulaciones del derecho privado, pero los contratos que ellas celebran para el cumplimiento de su objeto se sujetan al régimen del estatuto contractual de las entidades estatales. (…) Armonizando las disposiciones de la ley 80 con el artículo 93 de la ley 489 de 1998, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado se adoptarán tales disposiciones, esto es, las normas especiales, pero en lo no exceptuado, tales contratos se regirán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual. (…)”[[32]](#footnote-32).*

A título ilustrativo -dado que corresponde a la legislación posterior a la celebración del contrato que se examina en este proceso- debe indicarse que el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del estado se modificó nuevamente con la Ley 1150 de 2007[[33]](#footnote-33) y luego, con la Ley 1474 de 2011[[34]](#footnote-34), bajo la cual se estableció un régimen exceptivo de aplicación del derecho privado para las contrataciones de las empresas que ejercen su actividad *en competencia* con el sector público o privado o en mercados regulados.

Pasando a considerar el tipo de contrato que se celebró en este caso, se debe observar que el parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[[35]](#footnote-35) se refirió a las operaciones de crédito público y a las contrataciones conexas, las cuales fueron reglamentadas mediante el Decreto 2681 de 1993[[36]](#footnote-36).

**3.2.** **Conclusiones sobre el régimen legal de la contratación de Transmetro**

En el caso *sub lite* se observa que Transmetro, entidad contratante, detentaba la naturaleza jurídica de una sociedad anónima con capital 100% público, cuyo objeto social principal era *“ejercer la titularidad del sistema integrado de transporte masivo de pasajeros”*[[37]](#footnote-37) del Distrito de Barranquilla y el Área Metropolitana y, en esa condición, adelantó una contratación directa bajo el régimen de la Ley 80 de 1993.

**3.3. Reglas aplicables al procedimiento de liquidación**

Por otra parte, se agrega que al referido contrato CC\_1, en cuanto a la competencia para la liquidación, aplicaban los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, vigentes a la fecha en que se celebró el contrato, normas referidas a la liquidación de los contratos de tracto sucesivo, en forma bilateral o unilateral, esta última prevista “*por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.*

También, es importante observar que en la liquidación del contrato CC\_1 Transmetro invocó la aplicación del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, según hizo constar en la Resolución 410 de 2009, al indicar:

*“El Gerente y Representante legal de Transmetro S.A.* ***en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial la que le confiere el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007[[38]](#footnote-38)***

*“CONSIDERANDO*

*“(…)”.*

Las modificaciones que introdujo la Ley 1150 de 2007 al referido procedimiento de liquidación unilateral del contrato se aprecian en la comparación entre el artículo 61 de la Ley 80 de 1993[[39]](#footnote-39) y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007:

|  |  |
| --- | --- |
| *Ley 80 de 1993* | *Ley 1150 de 2007* |
| *“Artículo 61. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición* | *“Artículo 11. Del Plazo para la Liquidación de los Contratos****.****La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.**“En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación* ***previa notificación o convocatoria que le haga la entidad****, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral* ***dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.******“Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.****“Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”* (la negrilla no es del texto). |

Es útil destacar que en su artículo 11 la Ley 1150 de 2007 hizo referencia a la *“notificación o convocatoria”* como presupuesto del debido proceso para la liquidación unilateral.

Por otra parte, aunque este aspecto no es materia de debate en el presente proceso, la Ley 1150 de 2007 indicó que la liquidación del contrato de manera unilateral se podía realizar en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los plazos contractual y legal fijados en el artículo 11.

**4. Del concepto técnico y la naturaleza jurídica del acto de liquidación**

Siguiendo la titulación y las consideraciones de la sentencia apelada, la Sala considera importante precisar lo afirmado en cuanto a la naturaleza de exorbitante o no del acto de liquidación unilateral que se examina en este proceso.

En primer lugar, se hace notar que la facultad de establecer la cuenta final de liquidación en forma unilateral no corresponde a un potestad excepcional -o exorbitante- de las que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por cuanto en esa norma se plasman las cláusulas excepcionales al derecho común que tienen la nota característica de constituir un poder unilateral para buscar la continuidad del servicio y garantizar su prestación efectiva[[40]](#footnote-40).

Como sostuvo la jurisprudencia en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, las potestades exorbitantes “*miran a la correcta ejecución del contrato[[41]](#footnote-41) y se encuentran limitados por ese fin*”[[42]](#footnote-42); aspecto que, con apoyo en dicha jurisprudencia, fue ampliado por la doctrina, al advertir que la liquidación unilateral, “*más que un derecho para la administración es una obligación que se le impone; y tampoco tiene un sentido excepcional o exorbitante: Dentro de este marco conceptual, la actividad de la administración en la liquidación del contrato no constituiría siquiera un poder exorbitante pues no tiene la finalidad indicada* (…)”[[43]](#footnote-43).

La cláusula de liquidación unilateral en su aspecto central constituye una facultad para establecer el balance, es decir el estado financiero de la cuenta final de liquidación del contrato, la cual procede cuando su ejecución ha terminado; su nota característica es la de constituir un mecanismo para definir, mediante un acto administrativo, con presunción de legalidad y carácter de título ejecutivo, el reconocimiento y medición de la posición final, bien sea deudora o acreedora, que resulta para el Estado contratante al término del contrato.

El concepto técnico del acto de liquidación unilateral se corresponde con la facultad de establecer un estado financiero de propósito específico en relación con la ejecución del contrato, en el cual se revela “*el balance de la relación negocial, tendiente a establecer lo que fue la ejecución del convenio y a determinar, desde el punto de vista estrictamente económico, quién debe a quién y cuánto”[[44]](#footnote-44).*

La actividad del Estado contratante en la tarea de definir la liquidación unilateral no es onmínoda, ni constituye una expresión de *“unilateralismo”*; debe estar fundada – es decir, debidamente motivada- en los soportes de la ejecución contractual.

Por ello, actualmente puede precisarse que la facultad de liquidación unilateral comprende un deber y un derecho de levantar la contabilidad presupuestaria y financiera del contrato para establecer de manera unilateral el monto que se ejecutó, las partidas que conforman el balance y el saldo final de la ejecución, de conformidad con los hechos económicos que se presentaron.

La liquidación unilateral debe estar fundada en las pruebas de los hechos económicos ocurridos en la actividad contractual y es aquí donde se advierte que, en realidad, la liquidación unilateral implica elaborar la contabilidad del contrato[[45]](#footnote-45) y por ello, conlleva un proceso valorativo de los soportes (por ejemplo, el contrato, las actas de obra, las actas de entrega, las facturas, entre otros), el cual se enmarca en la debida motivación del acto administrativo, pero comparte las reglas y principios que rigen los estados financieros, con independencia de que se trate de un contrato regido por el estatuto de contratación pública o por el derecho privado[[46]](#footnote-46).

Por ejemplo, establecer un activo o un pasivo, su valor y el monto de los intereses causados a la fecha de corte del estado financiero de liquidación requiere una valoración de los soportes, de sus condiciones legales, económicas y técnicas, lo cual constituye una actividad de gran importancia y potencialidad en las relaciones contractuales, en la medición de las obligaciones y en su prueba, pero en sí misma no puede calificarse como una potestad exorbitante.

Tampoco es ajena al derecho común la fuerza probatoria de la contabilidad debidamente registrada[[47]](#footnote-47), como se ha observado, desde hace muchos años, por la doctrina en materia comercial[[48]](#footnote-48), de manera que, si el balance de liquidación se funda en los soportes presupuestales -para medir la ejecución- y en los soportes financieros-para establecer las partidas crédito o débito- alcanza una validez probatoria fundada, sin que por ello se constituya en una exorbitancia.

Sin embargo, lo que se debe destacar aquí es la fuerza imponible que la ley de contratación concede al acto de liquidación unilateral, la cual consiste en que, en caso de que no exista acuerdo en el monto de las partidas que conforman el balance de liquidación, priman -con presunción de legalidad, fuerza obligatoria y carácter ejecutivo-, los valores establecidos por el Estado contratante.

Por ello, el acto de liquidación unilateral prevista en la ley de contratación estatal implica una facultad especial y reglada que le permite al Estado imponer su reconocimiento y medición de los hechos económicos debidamente soportados, de manera obligatoria frente al contratista, para hacer exigible los saldos del balance y derivar de su propia liquidación otros efectos que la ley reconoce frente al no pago de las sumas debidamente valoradas en el registro de la cuenta final de liquidación.

De manera ilustrativa, dado que no se corresponde con el supuesto del contrato *sub judice,* se menciona que a la luz de la precisión del concepto y la naturaleza del acto de liquidación unilateral se ha podido abrir paso el reconocimiento de la liquidación unilateral del convenio interadministrativo, como facultad y deber entre dos entes públicos, iguales en el escenario contractual[[49]](#footnote-49).

Todo lo anterior se ha expuesto para concluir que la Sala comparte el concepto técnico y la naturaleza del acto de liquidación unilateral contenido en la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto resultó impreciso afirmar, para este caso, que la facultad de liquidar unilateralmente el contrato era una “**exorbitancia en manos públicas**”.

**5. Contenido de los actos impugnados**

A continuación se presenta un resumen del contenido del acto de liquidación unilateral y de su confirmatorio, cuya nulidad se solicitó en este proceso.

**5.1. Resolución 410 de Noviembre 5 de 2009**

En las consideraciones de los puntos 1 a 23 de la Resolución 410 de 2009, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato CC-1, se identificaron los antecedentes de la contratación, el contrato y sus otrosíes; en los puntos 24 y 23 se concluyó sobre el término de ejecución y el valor pagado a la contratista, así (se transcribe de forma literal):

*“24. Que vencido el término de ejecución del contrato establecido a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio tal como se expresa en la cláusula cuarta (4ª) del Contrato, no se ejecutaron ni quedaron actividades pendientes de ejecutar por el contratista.*

*“25. Que EL CONTRATISTA Profesionales de Bolsa S.A. se le canceló en total la suma de mil ochenta y nueve millones de pesos ($1.089’000) mediante pagos realizados por TRANSMETRO S.A, con ocasión de la ejecución total de las obligaciones pactadas en el contrato.*

*“26. Que la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por intermedio de su contador, certificó que en sus libros a la fecha de expedición del certificado respectivo, no figuraban obligaciones de Transmetro S.A., a su favor.*

*“27. Que existe un informe de ejecución de actividades realizada por EL CONTRATISTA con corte a enero 22 de 2009, subscrito por el Subgerente Financiero de Transmetro S.A. en su calidad de interventor, en que consta que la sociedad Profesionales de Bolsa S.A. ha cumplido con la totalidad de las obligaciones previstas en el contrato CC-1 de Consultoría de fecha 8 de julio de 2005, sus adicionales y prórrogas[[50]](#footnote-50).*

En los puntos 28 a 37 de la Resolución No. 410 se consideraron: el soporte jurídico para liquidar el contrato en forma unilateral, las comunicaciones de citación no atendidas entre 16 de septiembre y el 14 de octubre de 2009 y la justificación de no asistencia del apoderado de la compañía de Profesionales de Bolsa basado en que, supuestamente, no había recibido una documentación solicitada. Igualmente se relacionó la comunicación de 30 de octubre de 2009, en la cual la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A. indicó que esa compañía sí recibió la citación el 7 de octubre de 2009 y se refirió a su solicitud de hacer modificaciones al acta, las cuales, según se indicó en dichas comunicaciones, no se aceptaron por improcedentes.

En la parte resolutiva de la Resolución 410 de 2009 se dispuso (se transcribe de forma literal):

*“ARTÍCULO PRIMERO: Liquidar unilateralmente el Contrato de Sindicación de Crédito CC-1 de 2005 celebrado entre TRANSMETRO Y COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA, de conformidad con los motivos expuestos en la parte considerativa de esta resolución.*

*“ARTÍCULO SEGUNDO. Con base en el informe del estado de cuenta expedido por la subgerencia financiera de Transmetro S.A., declarar que las partes se encuentran a paz y salvo por concepto del Contrato No. CC-1”[[51]](#footnote-51).*

*o*

**5.2. Resolución No. 453 de 2009**

En la Resolución No. 453 se consideró el recurso de reposición presentado por la Compañía de Profesionales de Bolsa el 29 de octubre de 2009, en el cual se transcribió la propuesta de modificación del acta de liquidación presentada por dicha compañía en la que indicó que se encontraba pendiente el pago de la comisión de éxito “*por parte del Consorcio Grandes Proyectos”* y que *“se vulneró el debido proceso”,* al desconocer los argumentos presentados frente al proyecto de acta de liquidación”[[52]](#footnote-52).

En relación con la comisión de éxito, la Resolución No. 453 advirtió que el pago *“no deberá ser realizado por Transmetro”*[[53]](#footnote-53) sino por el Consorcio Grandes Proyectos, que reportó la imposibilidad de cumplimiento, por cuanto la Compañía de Profesionales de Bolsa no había acreditado los requisitos comerciales y tributarios exigidos en relación con la factura correspondiente.

Por otra parte, la Resolución No. 453 de 2009 reseñó el contenido del otrosí No. 3, de conformidad con el cual el término del Contrato CC\_1 feneció el 6 de enero de 2009, al concluir las actividades de estructuración del contrato de concesión celebrado con el Consorcio Grandes Proyectos. En los considerandos de la misma resolución Transmetro estimó confuso el argumento de la Compañía de Profesionales de Bolsa, consistente en incluir en el contrato los temas de estructuración del CONPES 3539, referido a la articulación de un nuevo perfil de aportes de la Nación para Transmetro y a la necesidad de un nuevo proceso de sindicación, evidenciados entre mayo y junio de 2009, dado que, en su criterio, era inentendible que la Compañía de Profesionales de Bolsa afirmara que sus funcionarios *“estuvieron trabajando”* en llevar a cabo esa nueva sindicación, cuando no había actividades que así lo demostraran, además de que se refería a un época posterior al vencimiento del plazo contractual.

En la parte resolutiva de la Resolución No. 453 de 2009 se dispuso: *“ratificar la decisión contenida en la Resolución No. 410 de noviembre 5 de 2009”.*

**6. Las pruebas aportadas al proceso**

En su gran mayoría los documentos que obran en el expediente se aportaron en copias simples remitidas por las partes, las cuales se tienen como pruebas válidas, en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil[[54]](#footnote-54), de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013[[55]](#footnote-55).

Toda vez que la apelación versa básicamente sobre el cuestionamiento al análisis de las pruebas, antes de entrar a analizar el caso concreto, se relacionan las pruebas documentales aportadas en el presente proceso –que constituyen los soportes valorativos para el acto de liquidación unilateral- y los hechos que se encuentran acreditados de acuerdo con las mismas:

**6.1.** En primer lugar, se encuentra probado el *“Contrato de Sindicación de Créditos CC\_1”* suscrito el 8 de julio de 2005[[56]](#footnote-56), en el cual se estableció el siguiente objeto (se transcribe de forma literal):

*“PRIMERA.- Objeto. La CONTRATISTA prestará a LA CONTRATANTE, sus servicios profesionales de banca de inversión realizando las tareas necesarias para la estructuración financiera y posterior colocación de un Crédito Sindicado para la financiación de la infraestructura del proyecto Transmetro, así como la estructuración financiera de alternativas de vinculación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura en caso de llegar a necesitarse y que deban financiarse con recursos diferentes del crédito Sindicado.*

*“La asesoría comprende la estructuración y posterior cierre de un crédito sindicado en uno o varios tramos, bajo la modalidad ‘al mejor esfuerzo’ en el mercado financiero colombiano. Así mismo y teniendo en cuenta la estructuración financiera del proyecto en su componente de infraestructura LA CONTRATISTA asesorará a TRANSMETRO S.A. en el diseño e implementación de un programa de vinculación del sector privado para el desarrollo de ciertas obras en la eventualidad de no poder ser financiadas con los recursos provenientes del Crédito Sindicado”[[57]](#footnote-57)´*

En la cláusula quinta del contrato CC\_1 se acordó la siguiente contraprestación y los términos y condiciones para su pago (se transcribe de forma literal):

*“QUINTA.- Contraprestación: Las partes acuerdan estipular dos componentes en la contraprestación por los servicios profesionales contratados: Honorarios Fijos y Comisión de Éxito.*

*“HONORARIOS FIJOS: No habrá lugar al cobro de honorarios fijos por la asesoría. Sin embargo, si la asesoría se extiende por un período superior a los doce (12) meses, contados a partir de la suscripción del presente contrato, habrá lugar al reconocimiento de honorarios fijos equivalentes a la suma de diez millones de pesos ($10’000.000) por cada mes adicional de trabajo al término previsto en el contrato.*

*“COMISIÓN DE ÉXITO: Habrá lugar al cobro de una comisión de éxito por la estructuración y colocación del Crédito Sindicado equivalente al 0.95% del Valor Total de cada operación de sindicación, crédito o en general de los recursos que se obtuvieren con la asesoría o el concurso del asesor.*

*“Se entiende surtido el derecho a la comisión de éxito una vez la(s) entidades crediticia (s) gestionada(s) por la CONTRATISTA hayan emitido su aprobación o su manifestación de interés para los créditos gestionados.*

*“Esta comisión será pagadera en los términos de la cláusula 3 anterior[[58]](#footnote-58), sin embargo si por cualquier motivo , el primer desembolso no se produjera dentro de los 180 días siguientes a la fecha de aprobación o de manifestación de interés, la comisión será pagadera dentro de los diez (10) siguientes a la fecha de vencimiento de tal plazo.*

*“Esta comisión no incluye el Valor Agregado (IVA) el cual deberá agregarse a cada pago y será pagadera en su totalidad, por parte de la entidad fiduciaria administradora del encargo fiduciario correspondiente en los cinco (5) días siguientes al momento de realizarse el primer desembolso de recursos. Al efecto TRANSMETRO S.A. se obliga a dar instrucciones irrevocables a la fiduciaria correspondiente al momento de celebrar el respectivo encargo.*

*“En esta comisión de éxito no están incluidos los honorarios por la eventual estructuración de negocios alternativos a los ya definidos, tales como el concesionamiento de estaciones y terminales. En este evento, se convendrán comisiones de éxito a cargo de los concesionarios de esos eventuales negocios, no inferiores al monto previsto en la presente cláusula”[[59]](#footnote-59).*

De la lectura del contrato CC\_1 de 2005 se desprende que existieron dos modalidades posibles para la comisión de éxito: la que correspondía a los créditos sindicados gestionados para Transmetro, la cual se debía pagar por esa entidad, y la comisión de éxito que se debía pactar en los negocios alternativos de concesión de estaciones, caso en el cual dicha comisión se pagaría por los respectivos concesionarios.

Desde esa óptica, le asiste la razón a Transmetro en cuanto a que la suma correspondiente a la comisión de éxito a que tenía derecho la Compañía de Profesionales de Bolsa correspondía al contrato de concesión de la estación de cabecera y el desarrollo inmobiliario en el Portal de Soledad, lo cual explicaba que su valor no estuviera incluido en la liquidación del contrato CC\_1, dado que el compromiso de Transmetro era el de incluir la cláusula correspondiente en el contrato de concesión e impartir las instrucciones de pago a la fiduciaria que administrara los recursos de la respectiva concesión.

Vale la pena precisar desde ahora que las pruebas aportadas también acreditan que la mencionada obligación se cumplió respecto del contrato de concesión No.300-003-08, suscrito el 5 de enero de 2009[[60]](#footnote-60), celebrado entre Transmetro y el Consorcio Grandes Proyectos, de acuerdo con la cláusula 12 del respectivo contrato[[61]](#footnote-61) y, es más, se debe resaltar que la partida correspondiente no estaba pendiente de pago para la fecha de la demanda[[62]](#footnote-62), toda vez que el concesionario realizó tal pago el 27 de noviembre de 2009, de acuerdo con la consignación bancaria que obra en el plenario, según se detallará en las pruebas siguientes.

**6.2.** Obra en el expediente el otrosí No. 1 de 25 de agosto de 2006, a través del cual se prorrogó el plazo del contrato CC\_1 por un año, a partir de esa fecha, y se estipuló la extensión del plazo contractual hasta la adjudicación del contrato de concesión, en caso de que se encontrara en curso el proceso de contratación, así:

*“Si cumplido el término de duración de la prórroga, algún contrato o concesión se encontrara en proceso de Estructuración o en proceso licitatorio o de adjudicación, el presente contrato se extenderá hasta el momento en que los contratos correspondientes sean adjudicados”[[63]](#footnote-63).*

**6.3.** De la misma forma se encuentra probado el otrosí No. 2 del 9 de enero de 2007[[64]](#footnote-64), en el cual se determinó el *“valor resultante del contrato hasta la fecha”,* en la suma de $665’000.000, según lo acordado en la cláusula quinta del contrato CC-1, referida a los honorarios.

**6.4.** Se acreditó, igualmente, el acta de suspensión del contrato suscrita el 23 de agosto de 2007[[65]](#footnote-65).

**6.5.** Se encuentra probado el otrosí No. 3 de 2 de enero de 2008[[66]](#footnote-66), mediante el cual se acordó prorrogar, nuevamente, el término del contrato CC\_1 “*hasta el 24 de agosto de 2008 o* *hasta que concluyan las actividades”* comprendidas en el *“proceso licitatorio para la construcción y diseño del portal la Soledad, hoy en estructuración*”[[67]](#footnote-67).

Por otra parte, en el mismo otrosí No. 3, en el ordinal segundo de los acuerdos, el contratista se obligó a realizar el *“análisis financiero y legal de la explotación del negocio de publicidad del Sistema Transmetro”* y, en cuanto al valor del citado otrosí se fijó en la suma de $40’000.000, “*que será cancelado una vez sea aprobado el informe de la obligación contractual establecida en el numeral Segundo”.*

No obstante, en el otrosí No. 3 se indicó que esta última estipulación no modificaba la cláusula quinta, relacionada con los honorarios.

**6.6.** De la misma forma, se encuentra probado en el proceso el contrato de concesión No. 300-003-08, suscrito entre Transmetro y el Consorcio Grandes Proyectos el 5 de enero de 2009, en cuya cláusula 12 se pactó (se transcribe de forma literal):

*“CLAÚSULA 12 – COMISIÓN DE ÉXITO*

*“Se entenderá como la suma correspondiente a los honorarios del estructurador del proyecto, Compañía de Profesionales de Bolsa S.A. por valor de MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTE ($1.346’186.120) más el impuesto al valor agregado (IVA) correspondiente.*

*“12.1. 30% dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de legalización del Contrato de Concesión y,*

*“12.2. 70%, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha de legalización del contrato de concesión”[[68]](#footnote-68).*

En este punto es importante reiterar que la comisión de éxito relacionada con el contrato de concesión no estaba en cabeza de Transmetro, sino del concesionario, tal como se indicó en la cláusula 12 del contrato de concesión.

**6.7.** Por otra parte, la secuencia de la ejecución contractual que se acaba de exponer permite entender la prueba aportada por Transmetro, consistente en la certificación que el contador público de la Compañía Profesionales de Bolsa expidió el 20 de mayo de 2009, indicando el paz y salvo de cuentas a esa fecha, en la siguiente forma (se transcribe de forma literal):

*“Que la empresa Transmetro S.A. identificada con el Nit; 802.021.209-1, se encuentra al 19 de mayo de 2009 a paz y salvo con la Compañía Profesionales de Bolsa”.*

Se destaca que dicha certificación fue uno de los soportes citados en el acto de liquidación unilateral.

**6.8.** Obra en el expediente la Factura 50702 de 1º de julio de 2009, expedida por Profesionales de Bolsa S.A. a cargo del Consorcio Grandes Proyectos, por concepto de la *“Comisión de Éxito del proceso No. LP 300-003-08”* por la suma de $1.346’186.120, monto que resulta coincidente con la comisión de éxito establecida en la cláusula 12 del contrato de concesión.

En la misma factura de la Compañía de Profesionales de Bolsa se incorporó una suma adicional de $215’389’779, respecto de la cual no aparece especificado el concepto, aunque equivale al 16% del monto de la comisión, lo cual indica que podría tratarse del valor del IVA que debía ser liquidado y pagado de acuerdo con el contrato de concesión y las reglas aplicables al respectivo impuesto.

En dicha factura, con una anotación a mano, se liquidó la retención en la fuente por el 11% equivalente a $148’080.473.20 y se indicó el valor final de $1.413’495.426[[69]](#footnote-69), monto que corresponde al valor pagado, según se detalla en las pruebas siguientes.

**6.9.** Comunicación CGP-TM-237-09 de 3 de diciembre de 2009, suscrita por el representante legal del Consorcio Grandes Proyectos, dirigida al gerente de contabilidad de la Compañía de Profesionales de Bolsa, con copia de recibo en Transmetro el 3 de diciembre de 2009, mediante la cual se informó el pago correspondiente a la factura No. 50702, así (se transcribe de forma literal):

*“Muy a pesar que Ustedes han hecho caso omiso a los requerimientos telefónicos y vía mail, para que se emitiera la factura correcta por concepto de comisión de éxito, procedimos a cancelar con una copia la facturación No. 50702 de fecha 1º de julio de 2009, a fin de dar cumplimiento a la obligación contractual ( cláusula 12 del contrato).*

*“Para su conocimiento y para efectos tributarios acompañamos copia de la consignación, copia del cheque de gerencia y copia de la factura de marras en la cual se evidencia que la fecha de causación es incorrecta y mal diligenciada porque no especifica el concepto cargado de $215’389.779,20.*

*“Reiteramos nuestro requerimiento para que se sirvan expedirnos la factura correspondiente a la fecha de causación por los valores pagados”[[70]](#footnote-70).*

El oficio antes relacionado se acompañó con la prueba de los siguientes documentos: **i)**el comprobante de consignación del Grupo Aval, con sello de recibido en el Banco Popular, fecha *“27/11/09”*, que acredita la consignación en la cuenta de *“Profesionales de Bolsa”* indicada en la factura No. 50702[[71]](#footnote-71), por la suma de $1.413’495,426 y **ii)** el cheque de gerencia correspondiente, girado por el banco BBVA a favor de Profesionales de Bolsa[[72]](#footnote-72).

Puede anotarse que el Tribunal *a quo* cometió una imprecisión al mencionar que con el Oficio CGM-TM-237-09 de 3 de diciembre de 2009 se acreditaba el pago de una comisión de éxito *“por la suma de $215’000.000”*[[73]](#footnote-73), dado que ese valor se refirió al concepto que carecía de especificación en la factura.

De acuerdo con las pruebas documentales antes relacionadas se concluye que en este proceso se acreditó el pago por el valor total de la factura 50702, es decir la suma de $1.346’186.120 más IVA, menos retenciones de impuestos, correspondiente a la comisión de éxito que se causó de acuerdo con el contrato de concesión y con lo previsto en el último inciso de la cláusula quinta del Contrato CC\_1 y que, por tanto, no podía reclamarse en este proceso.

La Sala advierte que, de conformidad con las pretensiones transcritas al inicio de esta providencia, tal como fueron aclaradas en el escrito mediante el cual se subsanó la demanda, la parte actora admitió que la comisión de éxito había sido *“cancelada”*, aunque no especificó a favor de quien, pero, a su vez, en lugar de retirar la pretensión correspondiente, la parte actora la mantuvo en la demanda, solicitando que se reconociera la comisión de éxito dentro del acto de liquidación unilateral del contrato, por la suma de $1.045’.000.000.

En el recurso de apelación presentado por la Compañía de Profesionales de Bolsa se sugiere que el pago de dicha comisión de éxito se realizó en favor de Ikón, no obstante lo cual, la conclusión que emana de las pruebas documentales antes relacionadas es que dicha comisión de éxito se pagó en favor de la referida compañía, con independencia de otras comisiones que pudieran haber sido pagadas en desarrollo del contrato con Ikón, las cuales no hacen parte de la liquidación unilateral del contrato que se debate en este proceso.

**7. El caso concreto**

**7.1. Debido Proceso en el procedimiento de liquidación del contrato**

De acuerdo con el acervo probatorio, existieron varios pronunciamientos de Transmetro sobre la terminación del contrato por vencimiento del plazo, el contenido del proyecto de liquidación bilateral y las propuestas presentadas en la etapa de liquidación del contrato CC\_1, a saber:

**7.1.1.** En la comunicación 02155 de 25 de agosto de 2009, Transmetro rechazó la petición de suscribir una extensión del contrato de sindicación de crédito presentada por la Compañía de Profesionales de Bolsa con fechas 6 y 10 de agosto de 2009 y expuso que el contrato había terminado el 6 de enero de 2009, de acuerdo con lo previsto en el otrosí número 3, dado que el *“último de los procesos contemplados en el numeral 8 de los considerandos fue la Concesión para el Diseño y Construcción del Portal de Soledad cuyo contrato se suscribió el día (5) del mes de enero de 2009”.*

En dicha comunicación del 25 de agosto de 2009, Transmetro hizo constar que *“se le entregó a profesionales de Bolsa un proyecto de acta de liquidación del contrato de acuerdo con lo establecido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007”*[[74]](#footnote-74).

**7.1.2.** En la comunicación No. 02474 de 28 de septiembre de 2009, dirigida a la representante legal de la Compañía de Profesionales de Bolsa, se rechazaron las solicitudes para reconocer una comisión de éxito por el crédito que se tramitó en razón del Conpes 3539, por cuanto las actividades que se relacionaron por los apoderados de la compañía eran posteriores a la terminación del contrato y no habían sido realizadas por la Compañía de Profesionales de Bolsa, según se lee en el siguiente extracto (se transcribe de forma literal):

*“Referencia: Su comunicación DA 00645 de 2009*

*“En atención al radicado de la referencia a través del cual nos enseñan una conducta inusual, dado que con nuestra anterior respuesta creíamos haber sido lo suficientemente claros y precisos frente a unas obstinadas e improcedentes pretensiones, en últimas le agradeceríamos la gentileza de razonar sobre lo siguiente:*

*“(…).*

*“La asesoría comprendió la estructuración y posteriormente cierre de* ***un crédito sindicado*** *en uno o varios tramos, bajo la modalidad ‘al mejor esfuerzo’ en el mercado financiero colombiano (…).*

*“(…).*

*“En el Otrosi No. 3 del 2 de enero de 2008, se acordó lo siguiente:*

*“(…).*

*“Obsérvese que según lo arriba indicado como las partes convinieron una fecha fija de terminación del contrato, tal como lo fue en primera instancia la fecha del día 24 de agosto de 2008 y otra indeterminada pero determinable, al tiempo en que concluyeran las actividades establecidas en el considerando 8 del otrosí 3.*

*“(…).*

*“Dado lo anterior, y al observar en el contenido de su carta un sinnúmero de afirmaciones que no le hacen honor a la verdad, nos vemos obligados a expresarle lo siguiente:*

*“(…).*

*“Referente a la relación de viajes realizados y a las ‘múltiples reuniones en Bogotá’…..queremos dejar muy en claro que nunca se realizaron reuniones para la estructuración del CONPES 3539 (…) y vemos como el autor de su carta confunde las actividades (….) ya que los abogados Eleonora Rossi, Bernardo Moreno y Fernando Escallón que se mencionan, no trabajaron en la estructuración financiera (…).*

*“(…).*

*“En cuanto al tema de las comunicaciones cursadas con la firma Calificadora de Riesgo, (….) le indicamos que en el mes de enero de 2008 (….) no teníamos absolutamente nada con el ensamble del CONPES 3539… tenemos que recabar que sus argumentos y aseveraciones se encuentran revueltos y alterados (….).*

*“(…).*

*“Entiendan que la necesidad del nuevo proceso de sindicación de crédito se dió entre los meses de mayo y junio de 2009 (…)”[[75]](#footnote-75).*

**7.1.3.** En la comunicación 02573 de 6 de octubre de 2009 consta que Transmetro entregó la documentación solicitada por el apoderado de la Compañía de Profesionales de Bolsa *“para efectos de avanzar en el proceso de liquidación de mutuo acuerdo”* y rechazó la inclusión de la comisión de éxito –en esa fecha pendiente de pago-, dentro de la referida liquidación, así:

*“(…) es determinante precisar, tal como se refleja en el acta de liquidación a Usted enviada,* [que] *Transmetro S.A. no tiene frente a Ustedes ningún tipo de obligación pendiente, tal como consta en el certificado de Paz y Salvo expedido por el Contador de Profesionales de Bolsa S.A. con fecha posterior a la terminación del contrato y solicitado para efectos de liquidación del contrato (Anexamos a la presente)”[[76]](#footnote-76).*

**7.1.4.** Mediante comunicación No. 02657 de 14 de octubre de 2009, Transmetro hizo constar que el 6 de octubre de 2009 había entregado a la Compañía de Profesionales de Bolsa la información y documentación requerida para el proceso de liquidación por mutuo acuerdo[[77]](#footnote-77) y requirió a esa compañía para comparecer el 19 de octubre con el fin de agotar el procedimiento de liquidación bilateral[[78]](#footnote-78).

**7.1.5.** A través de la comunicación No. 02805 del 30 de octubre de 2009, Transmetro se dirigió al apoderado de la Compañía de Profesionales de Bolsa en relación con la comunicación de octubre 19 de 2009, sobre la citación remitida por mensajería para efectos de discutir la liquidación bilateral del contrato, en la cual advirtió que esa citación se entregó a la firma de abogados contratada por Profesionales de Bolsa para atender la parte jurídica de la asesoría objeto del contrato CC\_1, reprochó que la comunicación hubiera sido devuelta y, por otra parte, denegó las modificaciones sugeridas al proyecto de liquidación bilateral, en la siguiente forma (se transcribe de forma literal):

*“Conociendo Transmetro S.A. de las relaciones y vínculos comerciales que existen entre Profesionales de Bolsa y Escallón Morales Asociados, lo anterior nos deja muchas dudas ya que no encontramos explicación a que el conocido remitente hubiese optado por devolverla a nuestra entidad, cuando lo más simple, práctico e inteligente hubiese sido dirigirse a Ustedes a fin de aclarar la situación.*

*“De otra parte y referente a su solicitud contenida en el escrito de fecha 19 de octubre de hacerle modificaciones al acta de liquidación bilateral por Transmetro S.A. le comunicamos la no aceptación de las mismas por improcedentes”[[79]](#footnote-79)*

En el análisis de esta prueba es preciso advertir que se dio respuesta al escrito de 19 de octubre, el cual, por el contenido que alega la apelante, corresponde a la comunicación que reseña como radicada el 20 de octubre, en la que se pretendía el reconocimiento de otra comisión de éxito relacionada con un crédito que habría obtenido Transmetro para ajustarse a las condiciones del Conpes 3539, supuestamente apoyado en los documentos, reuniones y actividades de la Compañía de Profesionales de Bolsa, las cuales – bueno es advertirlo- no se demostraron, ni en la etapa de liquidación bilateral, ni dentro del presente proceso.

Se advierte que esta comunicación se citó en el punto 37 de las consideraciones de la Resolución No. 410 de 2009, en el sentido de servir como soporte a la negativa para incluir la propuesta de modificaciones a la liquidación proyectada por Transmetro[[80]](#footnote-80).

Aunque la demandante consideró insuficiente la cita de la comunicación, debe advertirse que para efectos del debido proceso no es necesario transcribir en el acto administrativo todo el contenido del documento, menos aun cuando se trata de las comunicaciones dirigidas al mismo contratista.

**7.1.6.** Por otra parte, en la Resolución 453 de 2009 se indicaron, nuevamente, los argumentos que fueron expuestos en la etapa de liquidación bilateral para denegar la modificación al proyecto de liquidación.

**7.2. Conclusiones acerca del debido proceso**

**7.2.1.** De acuerdo con lo anterior, existen elementos suficientes para establecer que Transmetro no dejó de considerar las propuestas y los argumentos de la Compañía de Profesionales de Bolsa, sino que, una vez evaluados, los estimó improcedentes, por cuanto las actividades reseñadas por esa compañía no correspondían a la asesoría en la sindicación acordada mediante el contrato CC\_1, objeto de liquidación.

También resulta importante concluir que en la etapa de la liquidación bilateral no se configuró la violación del debido proceso imputada por la demandante, dado que Transmetro le dio la oportunidad de controvertir el proyecto de liquidación y explicó las razones por las cuales no era procedente introducir los cambios sugeridos por la Compañía de Profesionales de Bolsa, además de que la citó a las reuniones correspondientes en varias oportunidades e hizo constar la entrega de la documentación requerida por el apoderado de la referida compañía.

Por lo anterior, se encontró cumplido el agotamiento de la etapa de liquidación bilateral y la citación previa a la expedición del acto de liquidación unilateral, de conformidad con lo previsto en la ley.

Para concluir este punto, se resalta que el debido proceso se cumple frente al contratista que habiendo sido convocado no asistió a las reuniones para buscar el mutuo acuerdo.

**7.2.2.** Por otra parte, la Sala encuentra fundada la razón que se expresó en la Resolución No. 453 de 2009 para no decretar las pruebas solicitadas en el recurso de reposición presentado por la Compañía de Profesionales de Bolsa, por cuanto estas se referían al contrato con Ikón, la declaración de funcionarios de las dos entidades y la de los representantes legales de Bancolombia y Davivienda, sobre las cuales Transmetro indicó que no accedía a decretarlas en cuanto carecía de facultad o poder para hacer comparecer a los terceros ajenos a la relación contractual, además de observar que la declaración de los funcionarios habría podido aportarse a través de una certificación.

**7.2.3.** Se precisa que, frente a los hechos económicos que debía registrar Transmetro en el acto de liquidación unilateral, fue correcto desestimar la inclusión de la comisión reclamada, puesto que fue pagada por el concesionario a través del contrato 300-003-08 y no correspondía al contrato que se liquidó.

Por otra parte, tampoco era procedente registrar la comisión por el mismo valor que supuestamente se habría pagado en favor de Ikón, por cuanto no existieron soportes que demostraran la actividad de la Compañía de Profesionales de Bolsa en la generación de esa última comisión, además de que el plazo del contrato CC\_1 había expirado para la época en que se habría tramitado el respectivo crédito.

Se agrega que la Sala encuentra correcta la interpretación del plazo del contrato, dado que el numeral 8 del otrosí No. 3 se refirió a la extensión del plazo del contrato por razón del *“proceso licitatorio para la construcción y diseño del Portal de Soledad, hoy en estructuración”,* el cual en efecto culminó con la celebración del contrato de concesión.

Por tanto, no se puede estimar que el Tribunal *a quo* hubiera interpretado el término del contrato CC\_1 en forma equivocada, toda vez que la conclusión de que el contrato había terminado y procedía su liquidación se fundó en el otrosí No. 3 y en la fecha de firma del contrato de concesión.

De la misma forma, se encuentra que los soportes identificados en el acto de liquidación unilateral constituían prueba idónea y que fue sometida al derecho de contradicción por parte de la contratista, lo cual permitió declarar y confirmar la liquidación del contrato a paz y salvo entre las partes.

**8. Sobre el contenido de los actos de liquidación unilateral – análisis de la supuesta transgresión de la buena fe contractual**

**8.1.** La apelante afirmó que se acreditó en el presente proceso que las comisiones por el otorgamiento del crédito no fueron incluidas en la liquidación del contrato de crédito sindicado, al paso que, según aseveró, fueron *“canceladas”* a un tercero, es decir a Ikón.

Se hace constar que, tal como fue admitido por la parte actora al subsanar la demanda, la comisión de éxito causada por la estructuración de la concesión del Portal de Soledad a través de la cual se conseguirían los recursos del crédito para el sistema Transmetro, sí fue pagada, y según se demostró en el proceso, ese pago se hizo en favor de la Compañía de Profesionales de Bolsa y no de Ikón Banca de Inversión – contrario a lo que afirmó su apoderado en el recurso de apelación.

Si a ello se agrega que en la cláusula 12 del contrato de concesión 303-003-08 suscrito entre Transmetro y el Consorcio Grandes Proyectos se acordó que el concesionario se obligaba a pagar *“la comisión de éxito establecida en favor de la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A.”*, por valor de $1.346’186.120, más IVA, resulta claro que esa suma no debía ser incluida en la liquidación unilateral del contrato CC\_1, como obligación a cargo de Transmetro, además de que la pretensión de la referida contratista se encontraba satisfecha para la fecha en que se expidió la Resolución 453 de 18 de diciembre de 2009, mediante la cual se confirmó la liquidación unilateral del contrato, haciendo constar el paz y salvo correspondiente.

**8.2.** En cuanto a los intereses pretendidos por la demandante, ha de tenerse en cuenta que el pago de la comisión se estipuló para ser atendido por el concesionario y, por ello, si hubiere existido alguna mora, ésta debía reclamarse al Consorcio Grandes Proyectos y no a Transmetro, aunque, según se infiere de la comunicación emitida por el referido Consorcio, la demora se originó en que la factura presentada por la Compañía de Profesionales de Bolsa no discriminó uno de los conceptos cobrados, al parecer, correspondiente al IVA causado sobre la comisión de éxito.

Es importante observar que el dictamen pericial obrante en este proceso no tuvo en cuenta el verdadero deudor de la obligación de la comisión de éxito, ni la fecha de presentación de la factura 50702 – que aparece con radicado de 1º de julio de 2009- y tampoco consideró la forma de pago prevista en el contrato de concesión suscrito el 5 de enero de 2009, toda vez que simplemente liquidó los intereses moratorios desde el 1 de enero hasta el 1º de octubre de 2009[[81]](#footnote-81). Por esa razón, se debe advertir que el dictamen contiene varios cálculos financieros que no son procedentes para modificar la decisión adoptada en este proceso.

**8.3.** Sobre las sumas supuestamente causadas y no pagadas por concepto de la comisión fija, la Sala reitera que no se adeudaban, toda vez que el contrato CC\_1 no se prorrogó por cuarta vez y, además, en este proceso no se demostró que la Compañía de Profesionales de Bolsa hubiera continuado con actividades de asesoría durante el período posterior a la suscripción del contrato de concesión, ni se demostraron actividades ni entregables que hubieran acreditado la estructuración de un esquema de financiación para las operaciones de crédito que habrían sido desembolsadas a favor de Transmetro por Bancolombia y Davivienda, con posterioridad a la terminación del plazo acordado en el contrato CC\_1.

En este punto se puede agregar lo alegado por la demandada en cuanto a que la prueba testimonial de la representante de Bancolombia y la declaración del representante legal de Transmetro no refieren hechos que puedan cambiar la decisión adoptada en este proceso.

**8.4.** Finalmente, aunque es acertado considerar, como lo afirmó la demandante, que, dada la presunción de legalidad de los actos administrativos era preciso demandar la nulidad de las resoluciones contentivas del acto de liquidación unilateral para abrir paso a la modificación del balance de liquidación, de acuerdo con lo que se analizó en esta providencia y con las pruebas obrantes en el expediente, no proceden las pretensiones de la demanda.

En efecto, como no se demostraron los hechos en los que se fundan las pretensiones de la demandante, no hay lugar a anular los actos impugnados, toda vez que los ampara la presunción de legalidad, además de que, de conformidad con lo que se acreditó en este proceso, el balance de liquidación era correcto, al no existir sumas pendientes de pago a favor de la Compañía de Profesionales de Bolsa.

**9. Costas**

Habida cuenta de que para el presente proceso aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, el cual indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y en el *sub lite* ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

**F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de enero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. En adelante se podrá denominar: Transmetro. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 248, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. En adelante se podrá denominar: la Compañía de Profesionales de Bolsa o la compañía. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 79, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-4)
5. Mediante escrito presentado el 6 de febrero de 2012, la demanda se subsanó y se ajustó en cuanto a los valores reclamados, los cuales se transcriben de conformidad con el detalle contenido en dicho escrito. Folios 252 a 247 cuaderno 7, folios 253 y 254 cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 229 y 230, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-6)
7. Numeral 8 del otrosí 3, folio 112, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. En adelante se podrá denominar: Ikón. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 278, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 310 a 317, cuaderno 7; folios 24 a 30, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 160 a 170, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 167, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Página 19 de la sentencia, folio 323 vuelto, cuaderno principal de la segunda instancia. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 323 vuelto, cuaderno principal de la segunda instancia. [↑](#footnote-ref-14)
15. Página 22 de la sentencia, Folio 324 vuelto, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 327 a 338, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 330, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-17)
18. Citó el inciso segundo de la cláusula primera del contrato CC\_ 1, correspondiente al objeto del contrato. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 333, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 335, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-20)
21. Citó la sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente 12660, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Informe de Secretaria, folio 366 cuaderno principal, segunda instancia. [↑](#footnote-ref-22)
23. Artículos 2 y 75. [↑](#footnote-ref-23)
24. El criterio orgánico se refiere a la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1106 de 27 de diciembre 2007, vigente para la fecha en que se presentó la demanda. Igualmente constituye la regla general de jurisdicción y competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-24)
25. Tomado del Contrato de Concesión 300-003-08 suscrito el 5 de enero de 2009, folio 4, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 257, cuaderno 7, escrito de subsanación de demanda.

. [↑](#footnote-ref-26)
27. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2011, toda vez que la demanda se presentó en ese año. Para determinar la cuantía en este caso aplica el artículo 198 de la Ley 1450 de 2011, vigente a la fecha de presentación de la demanda. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 187 y 188, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 144, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-29)
30. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001. [↑](#footnote-ref-30)
31. *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.* [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 16 de julio de 2015, radicación: 76001-23-31-000-2001-01009-01(31683)A, actor: Sociedad A. Romero Trading Corporation, demandado: Industria de Licores del Valle, referencia: acción contractual. [↑](#footnote-ref-32)
33. Ley 1150 de 2007, artículo 14. [↑](#footnote-ref-33)
34. Ley 1474 de 2011, Artículo 93.Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado.Modifíquese el artículo  14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

*“Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”.* [↑](#footnote-ref-34)
35. *“Artículo 41 (…) Parágrafo 2o. Operaciones de Crédito Público.**Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales // Así mismo, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen (…)”.* [↑](#footnote-ref-35)
36. “*por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas”, h*oy incorporado en el Decreto 1068 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público). [↑](#footnote-ref-36)
37. Tomado del certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla, obrante en los folios 26 a 30 del dictamen pericial. [↑](#footnote-ref-37)
38. La negrilla no es del texto. [↑](#footnote-ref-38)
39. Derogado por la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-39)
40. “*Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

*“1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.* ***En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado****.*

*“(…).*

*“2o.* ***Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales****, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión*. (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-40)
41. La ley 80 de 1993 se refiere a la protección de la continuidad del servicio como criterio que identifica las cláusulas exorbitantes. [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Gustavo De Greiff Restrepo, sentencia de 11 de diciembre de 1989, actor: Sociedad Compañia Colombiana de Ingenieria y Construcción Ltda, expediente número 5334. [↑](#footnote-ref-42)
43. “*Pemberthy, P. (2015). La liquidación de los contratos estatales. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 45(123), pp. 401-434. Recibido: 19 de marzo de 2015. Aprobado: 7 de diciembre de 2015”* Universidad Pontificia Bolivariana - UPB ISSN: 0120-3886 / ISSN: 2390-0016 (En línea) / Vol. 45 / No. 123 julio - diciembre 2015 / Medellín, Colombia, Pedro Luis Pemberthy López. [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano, sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación 63001-23-31-000-2000-01156-01 (27776), actor: Cooperativa de Comerciantes de la Plaza de Mercado Central de Armenia - Cooplazas Ltda., demandado: Empresas Publicas de Armenia - EPA- ESP. “Temas: terminación unilateral y liquidación del contrato de arrendamiento - elementos que configuran una falsa motivación /falsa motivación de acto administrativo- noción. definición. Concepto”. En el mismo sentido se puede citar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 15935. [↑](#footnote-ref-44)
45. A la fecha de corte del estado financiero de liquidación. [↑](#footnote-ref-45)
46. El artículo 48 del Código de Comercio indica: “*Todo comerciante conformará su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, a las disposiciones de este código y demás normas sobre la materia. (…) Así mismo será permitida la utilización de otros procedimientos de reconocido valor técnico-contable, con el fin de asentar sus operaciones, siempre que facilite el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios”*.

El artículo 70 del Código de Comercio establece, entre otras, la siguiente regla de la prueba contable: *“5a) Si una de las partes lleva libros ajustados a la ley y la otra no lleva contabilidad o no la presenta, se decidirá conforme a los de aquélla, sin admitir prueba en contrario”.* [↑](#footnote-ref-46)
47. “*5a) Si una de las partes lleva libros ajustados a la ley y la otra no lleva contabilidad o no la presenta, se decidirá conforme a los de aquélla, sin admitir prueba en contrario” (art 70 C.Co).* [↑](#footnote-ref-47)
48. Revista Foro Derecho Mercantil N°:12, jul.-sep./2006, Martínez Neira Néstor Humberto “*La contabilidad de los comerciantes cumple una función social muy útil como mecanismo de prueba de las operaciones que ellos celebran y de los actos o hechos que comprometen su patrimonio, al punto que la ley colombiana, tanto la comercial como la procesal, le otorga un poder de convicción especial, al cual está sometido el juez, lo que determina que en estas materias el valor probatorio de la contabilidad se discierna por una verdadera tarifa legal. “ (…) La obligación relativa a la contabilidad comercial tiene un fin que trasciende lo adjetivo o instrumental, en la medida en que, además de permitirle al empresario conocer la situación financiera de sus negocios,* ***le ofrece al comerciante la posibilidad de “tener una prueba de sus derechos” y, respecto de todo tercero que contrata con él, la contabilidad contribuye a “facilitarle medios de defensa”, en palabras de Vivante****.// Con fundamento en esta perspectiva, se le atribuye a la contabilidad* ***un especial poder como medio de convicción de lo que en ella consta****, porque —como lo sostiene el profesor Emilio Langle— ‘…es lógico encontrar en los libros y papeles que la constituyen, mayores motivos de credibilidad, que los que normalmente se le atribuyen a los demás documentos privados, cuya elaboración no está sujeta a requisitos legales que permitan fundar una sana presunción de la veracidad de lo que en ellos se expresa”*. [↑](#footnote-ref-48)
49. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de mayo de 2018, radicación número: 73001-23-33-000-2014-00205-00(55756), actor: E.S.E. Central de Urgencias Louis Pasteur de Melgar, demandado: municipio de Melgar, referencia: apelación sentencia - acción de controversias contractuales

*“(…) no solo por las razones advertidas en punto a la falta de correspondencia de esa decisión con una potestad excepcional, como también por tratarse de una regla general que rige los contratos estatales de tracto sucesivo, frente a la cual, valga anotar, no opera una excepción legal que en este evento la restrinja. a la luz de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con lo consagrado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, se tiene que los contratos de tracto sucesivo, como el de prestación de servicios sometido a examen, serán objeto de liquidación de mutuo acuerdo o de forma unilateral a falta de aquella, de tal suerte que al no existir para el caso concreto una excepción que convalide la ausencia de esta última facultad en cabeza de la Administración para proceder en esa dirección, propio es concluir que debe atenderse a la regla general que viabiliza su ejercicio”.* [↑](#footnote-ref-49)
50. Folio 115, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-50)
51. Folio 116, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folios 118 a 126, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folio 127, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-53)
54. En el mismo sentido que lo dispone el artículo 146 del Código General del Proceso (CGP) [↑](#footnote-ref-54)
55. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022. [↑](#footnote-ref-55)
56. Folios 176 a 187, cuaderno 7.

 [↑](#footnote-ref-56)
57. Folio 179, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-57)
58. “*Tercera.- Obligaciones de la Contratante (…) dar instrucciones a la fiduciaria que administre el encargo fiduciario, para que efectúe los pagos derivados del presente contrato dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se produzca el primer desembolso de los créditos”.* (folio 98, cuaderno 1). [↑](#footnote-ref-58)
59. Folio 99, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-59)
60. Folio 124, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-60)
61. Contrato obrante en los folios 3 a 369 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-61)
62. Diciembre 13 de 2011. [↑](#footnote-ref-62)
63. Folio 126, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-63)
64. Folios 107 y 108, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-64)
65. Folios 109 y 110, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-65)
66. Folios 111 y 112, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-66)
67. Numeral 8 del otrosí 3, folio 112, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-67)
68. Folio 34, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-68)
69. Folio 306 cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-69)
70. Folio 304, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-70)
71. Cuenta Corriente 231025735 a nombre de Profesionales de Bolsa. [↑](#footnote-ref-71)
72. Folio 305, Cuaderno 7.

 [↑](#footnote-ref-72)
73. Página 19 de la sentencia, folio 323 cuaderno principal segunda instancia.

 [↑](#footnote-ref-73)
74. Folio 33 cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-74)
75. Folios 145 a 148, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-75)
76. Folio 63, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-76)
77. Folio 183, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-77)
78. Folio 59, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-78)
79. Folios 189 y 190 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-79)
80. Folio 116, cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-80)
81. Respuesta 7.4. página 19 del dictamen. [↑](#footnote-ref-81)