

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA

Como en el presente asunto funge como parte el Instituto Financiero de Boyacá, su conocimiento corresponde a esta jurisdicción, siendo esta Corporación la competente, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 129

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RUPTURA DEL EQUILIBIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / ACTO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL

De otro lado, debe señalarse que ante la impugnación del acto de liquidación unilateral, la indemnización reclamada a consecuencia del mismo acto y la pretensión pecuniaria del demandante frente al presunto desequilibrio económico del contrato materia de controversia corresponde su análisis a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en consonancia con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 77

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – No se configuró

La Sala no desconoce que en sus alegatos de conclusión, el instituto demandado advirtió error en la decisión del a quo al haberle impartido el trámite de una acción de controversias contractuales a lo que en inicio se formuló como una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, sin que pueda entenderse como un aspecto materia de impugnación del fallo de primera instancia, debe señalarse que es admisible dar el trámite de controversias contractuales, debido a las pretensiones formuladas, como ya fue considerado, lo cual no puede entenderse como una variación indebida a la escogencia de la acción.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO

Debe tenerse en cuenta que el contrato enjuiciado es de aquellos cuya ejecución se prolongó en el tiempo y de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 pasible de liquidación. (...) Al amparo del supuesto contemplado en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A. la demanda caducaría a los dos años contados a partir de la ejecutoria del acto de liquidación unilateral.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 60 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 136 NUMERAL 10

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – Régimen jurídico / CONTRATO ESTATAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL

El régimen jurídico del contrato es el previsto en la Ley 80 de 1993, en tanto la tipología del mismo no corresponde a aquellas actividades propias del giro ordinario del establecimiento financiero demandado, exceptuadas para la fecha de su celebración, de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, de conformidad con el texto original del párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32 PARÁGRAFO 1

VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS SIMPLES / COPIA SIMPLE / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Conviene precisar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Además, las documentales se allegaron en copias auténticas y simples, siendo posible valorar estas últimas de acuerdo a la postura actual de la jurisprudencia. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia del 28 de agosto de 2013; Exp. 25022; C.P. Enrique Gil Botero, criterio acogido por la Sala Plena Contenciosa en providencia del 30 de septiembre de 2014, Exp. 2007-01081, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL / NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA / TÉRMINO PARA LIQUIDAR EL CONTRATO ESTATAL / EVOLUCIÓN CONSULTIVA Y JURISPRUDENCIAL

La interpretación dada por esta Corporación, al plazo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 para la liquidación bilateral del contrato y al término fijado por el artículo 136 del C. C. A. subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 para el ejercicio de la facultad de liquidación unilateral en cabeza de la administración, en torno a la posible pérdida de competencia, una vez vencidos estos plazos, se produjo en un primer momento con un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y posteriormente con pronunciamiento de la Sección Tercera. (...) La Sección Tercera en sentencia del 4 de diciembre de 2006 consideró la falta de competencia temporal de la entidad estatal contratante para efectuar la liquidación unilateral del contrato, en un asunto en el que se produjo por fuera del término de dos meses previsto por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. (...) La tesis jurisprudencial aludida fue reiterada por la Sección Tercera en sentencia del 15 de abril de 2015, donde se insistió frente al carácter preclusivo y perentorio del plazo de dos meses previsto para la liquidación unilateral del contrato por parte de la administración, a partir de la vigencia de la Ley 446 de 1998 que modificó el literal d) numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencias de 4 de diciembre de 2006, Exp. 15239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, de 15 de abril de 2015, Exp. 32717, M.P. Hernán Andrade Rincón y concepto de la, Sala de Consulta y Servicio Civil 1453 del 6 de agosto de 2003, C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 60 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 136 LITERAL D NUMERAL 10 / LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 44 / LEY 1150 DE 2007

ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL / NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA / PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE COMPETENCIA TEMPORAL / CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

17. En el caso particular, para el momento de celebración del contrato de

arrendamiento y para el momento en que se produjo la liquidación unilateral del contrato de arrendamiento, regía la Ley 80 de 1993 y el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el literal d) numeral 10 del artículo 136 del C. C. A. y estableció el plazo de dos meses para que la administración procurara la liquidación unilateral del contrato. (...) Así las cosas, le asiste razón al apelante, en tanto el acto de liquidación unilateral del contrato adolece de nulidad debido a la falta de competencia temporal de la entidad para realizar el balance. (...) Ante la prosperidad del cargo de nulidad por falta de competencia invocado por la parte demandante contra el acto administrativo acusado, la Sala se releva de abordar el análisis frente al cargo de violación de normas superiores en que debía fundarse el acto, alegado por el actor.

CONCEPTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

La Sala ha considerado que el artículo 5° de la Ley 80 de 1993 garantiza a los contratistas, colaboradores de la administración, el derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no les sean imputables. A su vez, que el artículo 27 del estatuto de contratación estatal, prevé el mantenimiento de la igualdad entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, con el apremio para las partes, que en caso de suscitarse el quebrantamiento de dicha igualdad o equivalencia por causas no imputables a quien lo alega, se adopten las medidas necesarias para su restablecimiento. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 30 de marzo de 2017; exp. 37500; C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 5 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 27

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – No acreditados / CARGA DE LA PRUEBA

La Sala advierte que las consideraciones del juez de primera instancia se encuentran ajustadas, en tanto la parte interesada no acreditó los supuestos necesarios para acceder al reconocimiento de los perjuicios reclamados. Si bien se demuestra que durante la ejecución del contrato de arrendamiento, el contratista puso de presente mediante comunicaciones dirigidas a la entidad contratante circunstancias que según su apreciación alteraron la ecuación económica del contrato, lo cual llevó a concretar un acuerdo conciliatorio que se sometería a aprobación judicial y de cuyos resultados no se tiene certeza, no existe prueba en la actuación procesal que indique la ocurrencia de una circunstancia imprevista y ajena a las partes que ameritara el cambio en las obligaciones o en las condiciones inicialmente pactadas y que afectara el equilibrio económico del contrato.

EFFECTOS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – No implica la liquidación unilateral / INSUFICIENCIA PROBATORIA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

La Sala debe recalcar que la declaratoria de nulidad del acto de liquidación unilateral no implica per se la procedencia de la liquidación judicial del contrato de arrendamiento, cuando la parte interesada no formula pretensión en tal sentido. (...) [E]l acervo probatorio es insuficiente para liquidar el contrato, ya que no da cuenta de la ejecución de las prestaciones a cargo de cada parte y si alguna le adeuda algo a la otra. El eje central de la controversia giraba en torno al pago del canon y ni siquiera alguna de las partes acreditó que este se efectuó de forma completa o incompleta, hay total carencia probatoria al respecto y ello impide

declarar a paz y salvo a las partes por la ejecución contractual, de ahí que deba negarse esta pretensión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 15001-23-31-000-2003-01726-01(44059)

Actor: HOTELES DANN LTDA

Demandado: INSTITUTO FINANCIERO DE BOYACÁ

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Temas: Acción procedente para demandar la nulidad del acto de liquidación unilateral. Competencia temporal para proferir el acto de liquidación unilateral durante la vigencia de la Ley 446 de 1998. Reiteración jurisprudencial.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fls. 328 a 336, c. ppal., segunda instancia) en contra de la sentencia del 17 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fl. 315 a 323, c. ppal.).

SÍNTESIS DEL CASO

El 16 de julio de 1998, la gerente del Instituto Financiero de Boyacá y el gerente de Hoteles Dann Ltda., celebraron contrato de arrendamiento del Hotel Sochagota, de propiedad del referido instituto.

Mediante Resolución n.º 449 del 24 de octubre de 2002, el Instituto Financiero de Boyacá INFIBOY liquidó unilateralmente el contrato de

arrendamiento n.º 003 de 1998 y estableció las sumas cuyo pago estaba a cargo de la sociedad Hoteles Dann Ltda., como saldos pendientes por cánones de arrendamiento e intereses moratorios, para un total adeudado de \$512.224.818 (fl. 20 a 27 c. ppal.). En Resolución n.º 528 del 18 de diciembre de 2002, el INFIBOY adicionó la resolución mencionada, para incluir en la liquidación los intereses de mora causados por el no pago oportuno de los cánones de arrendamiento del Hotel Sochagota.

En la Resolución n.º 064 del 25 de febrero de 2003, al resolver el recurso de reposición interpuesto por Hoteles Dann Ltda., el INFIBOY confirmó en todas sus partes las resoluciones 449 del 24 de octubre de 2002 y 528 del 18 de diciembre de 2002.

El demandante pretende la nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato. A su vez, que se declare la existencia de desequilibrio en la ecuación económica del contrato en razón al elevado canon de arrendamiento del Hotel Sochagota frente a la realidad financiera del hotel.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1. El 4 de agosto de 2003 (fl. 84 vto., c. ppal.), la sociedad Hoteles Dann Ltda., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contenida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Instituto Financiero de Boyacá (fls. 71 a 84, c. ppal.).

1.1 Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 72 a 78, c. ppal.):

1.1.1 En 1993, la Sociedad Hoteles Dann Ltda. y el IDEBOY, ahora INFIBOY, suscribieron el contrato de arrendamiento sobre el establecimiento de comercio Hotel Sochagota, por una vigencia de cinco (5)

años contados a partir del 1° de agosto de 1993 hasta el 31 de julio de 1998.

1.1.2 El 16 de julio de 1998, el INFIBOY y la sociedad Hoteles Dann Ltda. firmaron un segundo contrato de arrendamiento sobre el mismo establecimiento Hotel Sochagota, con un tiempo de vigencia de dos años y un canon de arrendamiento de \$689.136.952,00 anual, equivalente a \$57.428.079,00 mensuales.

1.1.3 Las partes acordaron que el arrendatario descontaría del canon fijo la suma de diez millones de pesos \$10.000.000,00, por el primer año de vigencia del contrato, y la suma de \$15.000.000,00 por el segundo año de vigencia del contrato con el fin de hacer mantenimiento y reparaciones locativas al Hotel Sochagota.

1.1.4 El canon de arrendamiento se incrementó, en un lapso de cinco (5) años, en un porcentaje de 149%.

1.1.5 El 26 de agosto de 1998, las partes acordaron dividir en partes iguales las pérdidas que llegare a tener la operación del Hotel Dann Sochagota durante el periodo en que se debía cerrar la piscina para realizar los arreglos necesarios con el fin de prestar un mejor servicio a los usuarios y clientes del Hotel.

1.1.6 El incremento pactado a partir del 1° de agosto de 1999 sería de acuerdo con el índice de precios al consumidor establecido y certificado por el DANE.

1.1.7 El 11 de marzo de 1999, a raíz de las dificultades económicas por las que atravesaba la operación del Hotel Dann Sochagota, el gerente general de Hoteles Dann Ltda., dirigió petición al gerente del Instituto Financiero de Boyacá (INFIBOY), por la cual solicitó la reducción del canon de arrendamiento fijo vigente de \$57.428.069,33 mensuales a \$40.199.648,53 a partir del 1° de abril de 1999 conservando el 2% sobre ventas como canon

variable, a su vez, la modificación del pago de mes vencido en lugar de mes anticipado.

1.1.8 En reunión efectuada el 15 de marzo de 1999, la Junta Directiva del INFIBOY autorizó a la gerente del Instituto, previo concepto de la secretaría jurídica y del interior de la Gobernación de Boyacá junto con el concepto técnico del secretario general del Instituto, dar respuesta a la solicitud de disminución del canon y modificación de la fecha de pago mensual, elevada por el gerente de Hoteles Dann Ltda.

1.1.9 Las partes decidieron acudir ante el procurador judicial delegado ante el Tribunal Administrativo de Boyacá para someter a consideración el acuerdo conciliatorio al que arribaron, que en términos generales señaló:

a) El Instituto Financiero de Boyacá INFIBOY en su calidad de propietario y arrendador del HOTEL SOCHAGOTA disminuye el valor del canon mensual de arrendamiento a la suma de cuarenta y dos millones cuatrocientos veintinueve mil pesos moneda corriente (\$42.429.000,00).

b) Hoteles Dann Ltda., como arrendatario se compromete a cancelar el canon de arrendamiento dentro de los primeros diez días de cada mes.

c) Hoteles Dann Ltda., reconocerá al Instituto Financiero de Boyacá en caso de constituirse en mora en el pago de una mensualidad un interés mensual o por fracción de mes del 3% sobre el valor del canon adeudado, a partir de la firma de la conciliación.

d) El acuerdo rige a partir del 1° de abril de 1999 hasta el 31 de diciembre de 1999, fecha en la cual las partes estudiarán la modificación del canon teniendo en cuenta las perspectivas económicas del país, los rendimientos financieros del arrendatario y las necesidades del arrendador.

e) Los contratantes acuerdan suspender el descuento mencionado en el párrafo primero de la cláusula cuarta del contrato de arrendamiento objeto de conciliación.

1.1.10 La circunstancia que generó discusión entre las partes, fue la determinación de la fecha a partir de la cual se aplicarían los efectos del acuerdo conciliatorio, si desde el 1° de abril de 1999 como fecha contenida en el acuerdo a partir de la cual operaría la reducción del canon de arrendamiento o desde el 1° de agosto de 1999, fecha posterior a la

radicación de la solicitud de conciliación ante el Tribunal Administrativo de Boyacá para obtener aprobación de la misma.

1.1.11 Hoteles Dann Ltda., sustentado en los parámetros dispuestos en la solicitud de conciliación, continuó pagando el canon de arrendamiento con el descuento pactado entre las partes, hasta el 30 de julio de 2000, fecha en la que expiró el contrato 003 de 1998.

1.1.12 Las partes firmaron un nuevo contrato de arrendamiento con un plazo de vigencia desde el 1° de agosto de 2000 hasta el 31 de julio de 2002, que fue modificado el 26 de octubre de 2000 para ampliar el plazo de vigencia hasta el 25 de octubre de 2002. Las bases contractuales de este negocio se pactaron de conformidad con lo acordado en la solicitud de conciliación ya referida.

1.1.13 En el mes de mayo de 2002, veinte meses después de la terminación del contrato de arrendamiento n.° 003, el INFIBOY solicitó copia de la providencia emitida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la cual se pronunció frente al acuerdo conciliatorio y encontró que el mismo había sido improbadado por las diferencias suscitadas entre las partes por la fecha en que produciría efectos la conciliación.

1.1.14 Como resultado de la improbación del acta de conciliación, la nueva Junta Directiva del INFIBOY, en sesión del 23 de julio de 2002 autorizó al gerente del Instituto liquidar unilateralmente el contrato de arrendamiento 003 de 1998 celebrado entre Hoteles Dann Ltda. y el INFIBOY.

1.1.15 El gerente del Instituto Financiero de Boyacá INFIBOY mediante resoluciones n.° 449 del 24 de octubre de 2002 y 528 del 18 de diciembre de 2002 liquidó el contrato de arrendamiento de manera unilateral. Contra las aludidas resoluciones la sociedad demandante formuló recurso de reposición, que fue decidido mediante resolución n.° 064 del 25 de febrero de 2003, confirmando la decisión recurrida.

1.2 Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fl. 71 a 72, c. ppal):

1. Solicitamos se declaren nulas las siguientes resoluciones: 1.1. Resolución número 449 del 24 de octubre de 2002. 1.2. Resolución número 528 del 18 de diciembre de 2002. 1.3. Resolución número 064 del 25 de febrero de 2003. Todas las resoluciones emanadas (sic) del Instituto Financiero de Boyacá "INFIBOY". Por la primera Resolución mencionada, el Instituto Financiero de Boyacá "INFIBOY" liquidó el contrato de arrendamiento n.º 003 firmado por Hoteles Dann Ltda. La segunda Resolución, liquidó los intereses moratorios generados por las cifras resultantes de la liquidación del contrato. La tercera Resolución confirma las dos anteriormente mencionadas.

2. Solicitamos que se declare que existió desequilibrio contractual en contra de HOTELES DANN LTDA., en razón al elevado canon de arrendamiento del HOTEL SOCHAGOTA frente a la realidad financiera del hotel, rompiendo la ecuación contractual que debe regir la relación del Estado frente al particular en todos los contratos bilaterales.

3. Se ordene la expedición del paz y salvo correspondiente al contrato de arrendamiento n.º 003 firmado el día 16 de julio de 1998.

4. A título de restablecimiento del derecho INFIBOY pagará a mi representada los perjuicios que se llegaren a demostrar en el curso del proceso, los cuales tasamos inicialmente en MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.000.000.000,00 M/CTE), causados por sus Resoluciones, las cuales han afectado el buen nombre de la sociedad y fueron obstáculo para que la sociedad Hoteles Dann Ltda., en igualdad de condiciones con terceros interesados, pudiera presentar propuesta para operar el Hotel Sochagota de conformidad con la convocatoria pública n.º 001 de 2003 del INFIBOY.

1.3 Concepto de violación

2. La parte actora (fls. 78 a 81 c. ppal.) estimó desconocido el artículo 209 constitucional y el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

3. La sociedad demandante sostuvo que la entidad se limitó a verificar que la conciliación fallida estuviere ejecutoriada para proceder a liquidar unilateralmente el contrato sin tener en cuenta la aplicación del principio de equivalencia económica en la ejecución del contrato y la obligación de agotamiento previo de los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 80 de 1993.

4. El contrato de arrendamiento n.º 003 venció el 31 de julio de 2000. Durante su vigencia el INFIBOY nunca requirió a Hoteles Dann Ltda., para cancelar la diferencia que pretender cobrar, contenida en el acto de liquidación unilateral.

5. Indicó que luego de tres años de haber arribado a un acuerdo conciliatorio, sin tener en cuenta las aprobaciones tanto de la Junta Directiva del INFIBOY como de la secretaría jurídica y del interior de la Gobernación y el concepto técnico del secretario general del Instituto, la Administración adoptó la determinación que se reprocha, para perjudicar patrimonialmente a Hoteles Dann Ltda.

6. Para el demandante las resoluciones demandadas son nulas en tanto pretenden después de 3 años constituir en mora a la sociedad Hoteles Dann Ltda., frente al pago de la diferencia del canon de arrendamiento que por convenio se había reducido, bajo el pretexto de inexistencia de acuerdo, cuando dentro del término de vigencia del contrato de arrendamiento n.º 003 la entidad no lo hizo. Para el momento de vigencia del contrato el INFIBOY reconoció el desequilibrio contractual que estaba perjudicando a la parte actora, razón por la cual aceptó un descuento del canon de arrendamiento y la continuación de la relación contractual por el beneficio económico que representaba el mismo para el INFIBOY.

7. El cobro de la presunta diferencia de los cánones de arrendamiento del mes de abril de 1999 a julio de 2000 se debió realizar dentro de la vigencia del contrato, no de la manera en que lo hizo a través de las resoluciones demandadas.

8. La expedición de las resoluciones objeto de la presente demanda generó una limitante para que la sociedad Hoteles Dann Ltda., participara en igualdad de condiciones con otros proponentes en una futura licitación pública para operar el Hotel Sochagota, lo cual demuestra la parcialidad e interés que tenía la nueva administración del INFIBOY en terminar la relación contractual e inhabilitar a la demandante para futuras licitaciones.

2. Contestación de la demanda

9. El Instituto Financiero de Boyacá (INFIBOY) allegó extemporáneamente el escrito de contestación (fl. 166 a 180 y 242 a 243 c. ppal.).

2. Los alegatos

10. En esta oportunidad, la parte actora solicitó entender como un indicio en contra la falta de contestación de la demanda por parte de la entidad demandada. Reiteró lo manifestado en la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados, frente a la causal de nulidad de violación de las normas en que debería fundarse.

11. Resaltó que el INFIBOY liquidó unilateralmente el contrato sin haber intentado la liquidación bilateral, que implicaba la convocatoria del contratista para lograr este cometido. Esta circunstancia constituye una vía de hecho administrativa que atenta contra el derecho de audiencia y defensa del contratista.

12. Enfatizó en la falta de competencia temporal para realizar la liquidación del contrato. Agregó que los actos demandados se encuentran falsamente motivados al fundamentarse en argumentaciones fuera del contexto legal y expedirse en forma irregular (fl. 286 a 287 c. ppal.).

13. La parte demandada guardó silencio y el Representante del Ministerio Público no rindió concepto (fl. 289 c. ppal.).

II. LA SENTENCIA APELADA

14. Mediante sentencia del 17 de noviembre de 2011, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda.

15. A partir de los medios probatorios aportados a la actuación, el tribunal de primera instancia resaltó como acreditados los siguientes hechos (fl. 319 y vto., c. ppal.):

1° Entre las partes existió un contrato de arrendamiento que se extendió desde el 1° de agosto de 1998, por un lapso de dos años;

2° En curso el primer año del plazo, la arrendataria solicitó la revisión del precio por presunta alteración de las condiciones de la hotelería nacional, con impacto en los índices de ocupación;

3° Las partes lograron un acuerdo básico en conciliación institucional, el cual sometieron a aprobación judicial. Mientras se surtía el trámite, discreparon acerca de la fecha a partir de la cual debían surtir sus efectos, desacuerdo y retractación de la autoridad que provocó que el Tribunal Administrativo de Boyacá denegara la homologación, de manera que nunca cobró eficacia jurídica, pues sin dicho requisito las entidades estatales no pueden comprometer derechos por la vía conciliatoria;

4° Pese a sus diferencias, la arrendataria siguió pagando el canon en la cuantía que unilateralmente estimó le correspondía, haciendo surtir efectos al pacto directo no homologado, desde el mes de abril de 1999; la Administración al parecer guardó silencio y dejó pasar el tiempo, hasta culminar el plazo contractual, sin dilucidar la situación;

5° Las mismas partes trabaron nuevo contrato de arrendamiento que operó a partir del 1° de agosto del año 2002. Esa vez pactaron un precio base inferior al del bienio que antecedió;

6° No se adelantó actividad alguna para liquidar de común acuerdo el contrato # 3 de 1998; ninguna de las partes acudió al juez para que ella se practicara por esta vía; e

7° INFIBOY optó por liquidarlo unilateralmente; el primer acto para esos propósitos lo expidió el 24 de octubre del 2002, pese que el plazo de ejecución estaba vencido desde el 1° de agosto del 2000. No se pactó término para liquidar el negocio jurídico.

17. Al resolver el fondo del asunto, precisó de manera previa que los cargos propuestos en la etapa de alegaciones no fueron sometidos a contradicción y constituyen una modificación tardía de la demanda, en consecuencia, de apreciarse violarían el debido proceso del que es titular la parte pasiva.

18. En su orden abordó el análisis de la competencia para liquidar el contrato vencido, los efectos de una conciliación institucional no aprobada por el órgano judicial y el desequilibrio financiero del contrato.

19. Frente a la presunta extemporaneidad del acto unilateral consideró necesario definir si la administración puede liquidar unilateralmente un contrato cuyo plazo ha expirado después de vencido el término señalado en

la Ley 80 de 1993 o si por el contrario pierde la competencia y ella se traslada privativamente al juez.

20. Precisó que las disposiciones pertinentes para la fecha en que debía liquidarse el contrato fueron los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que subrogó el artículo 136, numeral 10 del C.C.A., por tanto resaltó que en ausencia de estipulación de las partes al respecto, la administración dispone de seis (6) meses para liquidar el contrato unilateralmente.

21. Para resolver la controversia se pronunció frente a la posible pérdida de competencia de la entidad cuando deja vencer el límite temporal previsto para la liquidación del contrato.

22. Al respecto precisó:

La respuesta de la jurisprudencia no ha sido uniforme; una de las lecturas más recurrentes responde negativamente, pues la redacción del literal d) de la décima regla del art. 136 C.C.A., como quedó conformado después de la Ley 446 de 1998, no patrocina la otra perspectiva, en tanto no consagró semejante consecuencia: lo que dispuso fue el derecho del interesado, entendido por tal cualquiera de las partes, de acudir ante el juez del contrato, sin perjuicio del arbitrio de la administración de practicar liquidación unilateral mientras no se haya configurado caducidad, ni producido y notificado la admisión de la demanda para obtener la liquidación judicial. (...)

En el caso concreto resulta palmario que INFIBOY no liquidó el contrato #3 de 1998 dentro de los aludidos seis (6) meses; pero lo es igualmente que ninguna de las partes acudió al juez antes de proferirse las resoluciones demandadas, razón suficiente para desestimar la censura que se les hizo por supuesta pérdida de la competencia funcional para definir el estado de la relación jurídico negocial en sede administrativa.

18. En relación con el cargo alusivo a los efectos de la conciliación que no fue aprobada, negó su carácter vinculante, al considerar:

[S]i bien la Ley 80 de 1993 autorizó a las partes contratantes para celebrar arreglos directos que definan sus diferencias (art. 68), cuando ellas mismas han optado por acudir ante el conciliador institucional (Ley 446 de 1998, arts. 64, 66 y 80), a sabiendas de ser indispensable la homologación judicial de lo que pacten, la eficacia de la conciliación está condicionada por la ejecutoria del proveído que así lo declare (Ley 446, arts. 72, 73 y 79); entre tanto es una expresión de buenos

propósitos que en nada compromete a la administración, pues sus representantes no pueden disponer de los bienes públicos con la flexibilidad que sí tienen los particulares, tanto dueños como administradores, para los dos últimos acorde con el principio de autonomía de la voluntad que rige su tráfico jurídico.

Por consiguiente, es infundada la apreciación de la demandante, en cuanto dedujo unilateralmente eficacia plena a un acuerdo directo que todavía no vinculaba a INFIBOY, pues no había sido homologado; menos aún podía hacer valer los efectos que esperaba, cuando poco después de haberse extendido la aludida conciliación, trabaron insalvable discrepancia acerca del mes a partir del cual habría de operar la reducción del canon. De manera que los actos acusados en modo alguno quebrantaron la solución que las partes intentaron convenir, porque ella no se perfeccionó a falta de aprobación judicial.

19. Finalmente consideró frente al cargo de desequilibrio financiero del contrato:

Los aspectos dogmáticos de ese instituto jurídico no revisten discusiones esta vez. El precepto rector es clarísimo, pero sus presupuestos fácticos tienen que probarse por quien pretenda hacerlo surtir efectos (art. 177 del C. P. C.).

No ocurrió así; la problemática probatoria fue precariamente abordada por la parte actora; no se desconocen algunos hechos indicadores que permiten vislumbrar que los contratantes ponderaron alguna variación del escenario económico por razones no imputables, que presuntamente modificó la tasa de ocupación de la hotelería en Paipa (Boyacá); esa percepción los acompañó para intentar la conciliación bajo su exclusiva responsabilidad.

Pero no se tradujo en prueba que pueda persuadir al juez del contrato de tales realidades que pudieron sobrevenir al acuerdo del canon. Y al Tribunal no le compete suponer o decidir a partir de las inferencias que en el pasado tuvieron las partes, menos cuando los administradores públicos se retractaron muy pronto de algunos elementos del pacto directo y los actos acusados recogieron una apreciación significativamente diferente de las autoridades en contacto con la operación del denominado Hotel Sochagota en esa época.

La parte actora se limitó a predicar el desequilibrio económico en razón al elevado canon de arrendamiento y a situación financiera del hotel sin que se hayan allegado al proceso pruebas factibles para orientar el raciocinio del juez, tales como el avalúo oficial del bien (referente útil para el usual canon comercial), o el estudio contable soportado por fedatario público técnico (contador o revisor fiscal) de ingresos y egresos y de los estados financieros discriminados y comparativos durante la vigencia del contrato y anteriores al mismo que demostraran que el costo del arrendamiento conllevara a las pérdidas para la demandante o pericia que validara las reclamaciones de la arrendataria. Nada se trajo en esa dirección.

Por consiguiente, revestidos los actos contractuales de la presunción de legalidad que correspondía quebrar en sus elementos fácticos a quien

los demandó, dado que los medios acopiados son incipientes para pregonar el mentado desequilibrio del precio y de la ecuación financiera, tampoco podrán acogerse estas últimas aspiraciones de la sociedad demandante. (fls. 321 vto. a 322, c. ppal., segunda instancia).

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

20. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación en escrito del 31 de enero de 2012 (fls. 328 a 334, c. ppal., segunda instancia).

21. En su orden expuso los siguientes motivos de inconformidad con el fallo de primera instancia:

22. La sentencia de primera instancia omitió pronunciarse frente a las causales de nulidad planteadas con la presentación de la demanda y específicamente en la petición previa de suspensión provisional.

23. Dentro del proceso se demostró la falta de competencia temporal para realizar la liquidación del contrato –de los cuatro meses previstos por la Ley 80 de 1993 y la de los dos años regulados por la Ley 446 de 1998–.

24. La interpretación dada por el tribunal *a quo* al artículo 60 de la Ley 80 de 1993 no fue la apropiada.

25. Respecto al desequilibrio económico del contrato, la sentencia de primera instancia desconoció el contenido del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

2. ALEGATOS

26. En esta oportunidad, la parte demandante reiteró los argumentos de apelación (fl. 351 a 355, c. ppal.). La parte demandada puso de presente en las alegaciones finales el yerro en el que incurrió el *a quo* al impartir el trámite de controversias contractuales a la demanda presentada por el actor que

debió guiarse por el de nulidad y restablecimiento del derecho en atención a las pretensiones formuladas.

27. Señaló a su vez, que no es posible enderezar la indebida escogencia de la acción como lo hizo el *a quo*, con el propósito de privilegiar el derecho sustancial de la parte demandante, en tanto lesiona el derecho al debido proceso del INFIBOY.

28. El Representante del Ministerio Público guardó silencio (fl. 368 c. ppal.).

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

29. Como en el presente asunto funge como parte el Instituto Financiero de Boyacá¹, su conocimiento corresponde a esta **jurisdicción**, siendo esta Corporación la **competente**, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos².

30. De otro lado, debe señalarse que ante la impugnación del acto de liquidación unilateral, la indemnización reclamada a consecuencia del

¹ El Instituto Financiero de Boyacá es un establecimiento público de carácter departamental, descentralizado de fomento y desarrollo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Boyacá, en cuyo objeto ejerce intermediación financiera, banca de inversión, cámara de compensación, inversiones de capital y administración de bienes inmuebles con las entidades territoriales de proyectos públicos y/o iniciativa privada (Artículo 2° del Acuerdo n.° 001 del 24 de marzo de 2004); creado mediante ordenanza n.° 14 de 26 de noviembre de 1968 y reorganizado por el Decreto n.° 1518 del 27 de diciembre de 1995 del Gobernador de Boyacá, por el cual adquiere su actual denominación como Instituto Financiero de Boyacá.

² La pretensión económica formulada asciende a mil millones de pesos (\$1.000'000.000,00, correspondiente a los perjuicios que reclama la parte demandante a título de restablecimiento del derecho), según se explica en las pretensiones de la demanda (fl. 72 c. ppal.) y en el acápite de competencia y cuantía (fl.84, c. ppal.), por tanto, es claro que excede el monto exigido para que el proceso tenga vocación de doble instancia.

mismo acto y la pretensión pecuniaria del demandante frente al presunto desequilibrio económico del contrato materia de controversia corresponde su análisis a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en consonancia con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993³.

31. La Sala no desconoce que en sus alegatos de conclusión, el instituto demandado advirtió yerro en la decisión del *a quo* al haberle impartido el trámite de una acción de controversias contractuales a lo que en inicio se formuló como una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, sin que pueda entenderse como un aspecto materia de impugnación del fallo de primera instancia, debe señalarse que es admisible dar el trámite de controversias contractuales, debido a las pretensiones formuladas, como ya fue considerado, lo cual no puede entenderse como una variación indebida a la escogencia de la acción.

1.2. La legitimación en la causa

32. Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que la demandada expidió el acto administrativo cuestionado y su contraparte fue el contratista dentro de la actuación que originó ese acto jurídico.

1.3. La oportunidad de la demanda

33. Debe tenerse en cuenta que el contrato enjuiciado es de aquellos cuya ejecución se prolongó en el tiempo y de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 pasible de liquidación⁴.

³ El inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, establece: *“los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”*

⁴ El contrato materia de controversia se suscribió el 16 de julio de 1998 (fl. 10 c. ppal.), en vigencia de la Ley 80 de 1993. De conformidad con los artículos 60 y 61 originales del Estatuto de Contratación Estatal, el contrato de arrendamiento en cuestión era susceptible de liquidación.

34. Para determinar la oportunidad de la demanda se impone tener como parámetro la fecha de suscripción del acta de liquidación bilateral o la ejecutoria del acto de liquidación unilateral, según fuere el caso, de conformidad con lo previsto en los literales c) y d) numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.⁵.

35. Al amparo del supuesto contemplado en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A. la demanda caducaría a los dos años contados a partir de la ejecutoria del acto de liquidación unilateral. Se encuentra acreditado que la Resolución n.º 449 del 24 de octubre de 2012, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato materia de controversia quedó ejecutoriada el 5 de abril de 2003⁶.

36. En ese orden, la parte demandante podía acudir a la jurisdicción a través de la acción de controversias contractuales hasta el 6 de abril de 2005. Como la demanda se presentó el 4 de agosto de 2003 fue oportuna (f. 84 vto. c. ppal.).

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

37. El problema jurídico en el presente asunto se concreta al estudio de los fundamentos de apelación relativos al cargo de nulidad contra el acto de liquidación unilateral del contrato de arrendamiento suscrito por el Instituto Financiero de Boyacá y la sociedad Hoteles Dann Ltda., el 16 de julio de

⁵ Los literales c y d del numeral 10 del artículo 136 del C. C. A. establecen: “10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: (...) c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta; d) En los 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. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

⁶ Día siguiente hábil a la desfijación del edicto por medio del cual se notificó la resolución n.º 064 del 25 de febrero de 2003, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra las Resoluciones n.º 449 del 24 de octubre de 2002 y 528 del 18 de diciembre de 2002 (fl. 150, c. ppal).

1998, y la procedencia del consecuente reconocimiento pecuniario reclamado ante la ocurrencia de circunstancias que presuntamente afectaron el equilibrio económico del contrato.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA NULIDAD DEL ACTO DE LIQUIDACION UNILATERAL

3.1. Del régimen jurídico del contrato de arrendamiento

38. El régimen jurídico del contrato es el previsto en la Ley 80 de 1993, en tanto la tipología del mismo no corresponde a aquellas actividades propias del giro ordinario del establecimiento financiero demandado, exceptuadas para la fecha de su celebración, de la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal, de conformidad con el texto original del párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁷.

3.2. De la ejecución del contrato de arrendamiento y los hechos que devinieron en el acto de liquidación unilateral

39. Conviene precisar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Además, las documentales se allegaron en copias auténticas y simples, siendo posible valorar estas últimas de acuerdo a la postura actual de la jurisprudencia⁸.

40. De las pruebas aportadas se tiene:

3.2.1 El 16 de julio de 1998, la gerente del Instituto Financiero de Boyacá en calidad de arrendador y el gerente de Hoteles Dann Ltda., en calidad de

⁷ El párrafo referido disponía: “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. M.P. Enrique Gil Botero. Expediente: 25.022. Criterio acogido por la Sala Plena Contenciosa en providencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

arrendatario celebraron contrato con el objeto de “dar en arrendamiento el Hotel Sochagota, de propiedad de INFIBOY, inmueble que se encuentra ubicado en jurisdicción del municipio de Paipa, departamento de Boyacá, junto con los bienes que hacen parte del mismo, dotación, equipo, que se detalla en inventario anexo (...)” (fl. 5. c.ppal.). Las condiciones de ejecución del contrato se pactaron así:

CLAUSULA TERCERA.- ELEMENTOS QUE COMPONEN EL INMUEBLE ARRENDADO: Constituyen parte integral del inmueble arrendado Hotelero: a) El nombre comercial de los mismos, b) el derecho de impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial.

CLÁUSULA CUARTA.- CANON DE ARRENDAMIENTO. El arrendamiento se reconocerá a favor de INFIBOY como canon de arrendamiento anual por la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$689.136.952,00 m/cte.), a partir del primero (1°) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998) hasta el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999) suma ésta que se tendrá como valor fiscal del contrato, incrementados en el 2% sobre las ventas netas. **PARÁGRAFO PRIMERO.- FORMA DE PAGO:** La forma del canon será mensual, dentro del cinco (5) primeros días de cada mes para el canon fijo, y diez (10) primeros días para el variable. Del canon fijo de arrendamiento EL ARRENDATARIO descontará la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$10.000.000 M/CTE.) mensuales por el primer año de vigencia de este contrato y la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$15.000.000 M/CTE) por el segundo año de vigencia del presente contrato, con el fin de hacer mantenimiento y reparaciones locativas en el Hotel Sochagota, inversión que hará directamente EL ARRENDATARIO previo visto bueno y autorización escrita por parte de EL ARRENDADOR. Las reparaciones y mantenimiento se harán hasta por la suma de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$360.000.000 M/CTE.). EL ARRENDATARIO presentará los proyectos, planos y estudios de las obras y reparaciones necesarias para el normal funcionamiento del Hotel, para lo cual el ARRENDADOR ejercerá la interventoría general de la inversión y de las obras. **PARÁGRAFO SEGUNDO.-** El incremento anual al canon mensual de arrendamiento a partir del primero (1°) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), será de acuerdo con el índice de precios al consumidor establecido por el DANE. (...)

CLÁUSULA QUINTA.- DURACIÓN DEL CONTRATO: El término de duración del presente contrato será de dos (2) años contados a partir del día primero (1°) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), prorrogable por el término que de común acuerdo consideren las partes, a partir de la fecha de vencimiento del mismo. **PARAGRAFO:** El término de duración en mención estará sujeto a la revisión que las partes realicen en el evento en que el proyecto BOYACÁ GOLF & TENNIS COUNTRY CLUB sea viable. Para todos los

efectos legales la celebración del presente contrato de arrendamiento no constituye acto de comercio de acuerdo al parágrafo del artículo 407 del Estatuto Fiscal de Boyacá (...) (fl. 5 a 10 c. ppal.)

3.2.2 El 26 de agosto de 1998, la gerente del INFIBOY y el gerente de Hoteles Dann Ltda. acordaron *“dividir las pérdidas que tenga el hotel en el periodo en que se debe cerrar la piscina por los arreglos necesarios para darle un mejor funcionamiento” (cláusula primera)*. Para determinar esta cifra, contemplaron tomar el periodo correspondiente al año 1997 y compararlo con el periodo de 1998 y la cifra negativa que arrojará el balance de 1998 con relación al mismo periodo en 1997, sería sufragada por mitad entre los contratantes (cláusula segunda) (fl. 11 c. ppal.).

3.2.3 El 11 de marzo de 1999, el gerente de Hoteles Dann Ltda., mediante comunicación dirigida a la gerente del INFIBOY reiteró su solicitud de reconsideración del canon de arrendamiento por el Hotel Dann Sochagota, ante la situación de desequilibrio presentada por la ejecución del contrato en las condiciones inicialmente pactadas. En suma solicitó *“reducir el canon de arrendamiento fijo vigente de \$57.428.069.33 mensuales a \$40.199.648.53 a partir del próximo 1° de abril de 1999, conservando el 2% sobre ventas como canon variable. Adicionalmente, debido a que las pérdidas operacionales de \$212.377.000,00, incurridas durante la vigencia del contrato, de agosto 1° de 1998 a febrero 28 de 1999, han creado una disminución sustancial del capital de trabajo de la operación, atentamente les solicitamos que el arriendo se pague mes vencido en vez de mes anticipado, como reza en el contrato”* (fl. 45 a 47 c. ppal.).

3.2.4 Mediante oficio del 16 de abril de 1999, el secretario general del INFIBOY respondió la comunicación del 11 de marzo del mismo año, en donde indicó: *“[M]e permito informarle que esto fue objeto de análisis y estudio por parte de la Junta Directiva del INFIBOY; determinando de una manera ecuánime y coherente buscar mecanismos de solución que tiendan a restablecer el equilibrio financiero de Hoteles Dann Ltda., como del INFIBOY. // En este orden de ideas puede ser viable la variación del contrato pero resaltando que las medidas que se tomen no solo se establezcan en beneficio del contratista sino que también en beneficio de la*

entidad (...) En consecuencia finalmente lo invito a utilizar los mecanismos de la conciliación, la amigable composición y transacción; recomendando utilizar la Procuraduría para estos efectos” (fl. 48 c. ppal.).

3.2.5 El 22 de junio de 1999, el gerente de Hoteles Dann Ltda., comunicó al INFIBOY su insistencia para sostener una reunión con el gerente del Instituto y el gobernador de Boyacá con el propósito de rendir un informe sobre la situación del contrato de arrendamiento, definir la cifra que podría reconocer la sociedad contratista por concepto de canon de arrendamiento y concertar un *otrosí* al contrato a la luz de la Ley 80 de 1993 (fl. 54 a 55 c. ppal.).

3.2.6 Mediante oficio del 25 de junio de 1999, la gerente del INFIBOY, en respuesta a la comunicación del 22 de junio del mismo año autorizó al gerente general del Hotel Dann Sochagota *“descontar del canon de arrendamiento correspondiente al mes de mayo, la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000), dando cumplimiento de esta manera al otrosí que modifica el contrato en cuanto hace referencia al mantenimiento y remodelación del Hotel Sochagota. // Los cinco millones setecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos noventa y nueve pesos (\$5.757.499) serán descontados del canon del mes de junio”* (fl. 56 c. ppal.).

3.2.7 El 15 de septiembre de 1999, la sociedad Hoteles Dan Ltda., a través de apoderado y el Instituto Financiero de Boyacá por intermedio de apoderado concurren al despacho del Procurador Judicial 46 Delegado ante el Tribunal Administrativo de Boyacá donde manifestaron su voluntad de llegar a un acuerdo conciliatorio que se sometería a aprobación judicial (fl. 270 a 275 c. ppal.). El acuerdo se concretó en los siguientes términos:

Con las anteriores aclaraciones las partes nuevamente insisten en su voluntad de conciliar y llegaron al siguiente arreglo que es el resumen del trabajo elaborado conjuntamente y que se encuentra al inicio de la petición de conciliación:

1. Se disminuye el canon mensual de arrendamiento de \$57.428.069,33 a \$42.429.000 mensuales, desde el ° (sic) de abril de 1999, hasta el 31 de diciembre de 1999, fecha en la cual los contratantes acordaran un nuevo canon de arrendamiento, ya que el contrato vence el 31 de julio del año 2000.

2. Las demás cláusulas del contrato quedan vigentes.

3. Hoteles Dann reconocerá al INFIBOY el 3% sobre el valor del canon adeudado, en caso de mora.

3.2.8 El 4 de octubre de 1999, el secretario general del INFIBOY informó a la administradora del Hotel Dann Sochagota:

Teniendo en cuenta que la firma Dann Ltda., se encuentra en mora de cinco (5) meses en el canon de arrendamiento del Hotel Sochagota y en la actualidad la deuda es superior a \$212.195 millones, le ruego de la manera más cordial cancelar lo más pronto posible el total de la obligación. // El pago oportuno nos evitaría recurrir a instancias judiciales que lesionarían gravemente la relación contractual. (fl. 57, c. ppal.).

3.2.9 En comunicación del 5 de octubre de 1999, el secretario general del INFIBOY indicó a la administradora del Hotel Dann Sochagota:

Con el objeto de precisar lo realmente adeudado por la firma Hoteles Dann Ltda., me permito aclarar que la mora en el pago del canon es de \$69.716.000,00. Esto sin tener en cuenta los intereses del 3% pactados en la conciliación, los cuales se aplicarían a los meses de agosto y septiembre de 1999. Entre tanto el INFIBOY insiste firme y decididamente en el pago oportuno; sustentando lo expresado en la comunicación anterior. (fl. 58, c. ppal.).

3.2.10 El 7 de octubre de 1999, el gerente general de Hotel Dann Sochagota reportó al secretario general del INFIBOY que hasta la fecha se adeudaba el canon de arrendamiento correspondiente a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre, en total cuatro meses (fl. 59, c. ppal.).

3.2.11 En comunicación del 10 de noviembre de 1999, la gerente del INFIBOY informó al gerente de Hoteles Dann Ltda.:

[E]l instituto como propietario del bien inmueble que en la actualidad Hoteles Dann Ltda. posee en calidad de arrendatario, ha estado siempre dispuesto con prontitud y eficacia a tratar en lo posible todas aquellas sugerencias, y solicitudes que ustedes han elevado, que se derivan de la relación contractual. Igualmente ha cumplido en su totalidad, las obligaciones asumidas en el mencionado contrato. Siempre hemos estado abiertos al dialogo, la concertación procurando fortalecer nuestros vínculos comerciales buscando ante todo un beneficio conjunto.

Es por esto que, una vez recibida su comunicación del 11 de marzo de 1999, en la que con una serie de apreciaciones económicas, nos describe la situación actual del Hotel. Se dio traslado y se puso en conocimiento a la Junta Directiva para que fijara las pautas frente a su petición de disminución del canon de arrendamiento. Esta determinó hacer un análisis de la parte contable del Hotel, de la viabilidad jurídica de la solicitud, y de las repercusiones económicas para el Instituto. Bajo estos parámetros, previa autorización de la junta se accedió diligentemente a su petición y en razón a ella, en el mes de abril de manera informal acordamos la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MIL PESOS. Los cuales empezarían a regir desde el momento en que se radicará el oficio de conciliación ante la Procuraduría. Posteriormente en el mes de julio como bien recordará nos volvimos a reunir en donde ratificamos lo concertado en el meses (sic) antes mencionado.

Es pues conveniente, aclarar que la demora en la radicación del escrito que contenía el acuerdo, estuvo siempre de parte de HOTELES DANN, quien en mi criterio debería ser el más interesado.

Acatando los conceptos jurídicos que nos orientaban en la viabilidad de la petición, se sacrificó al Instituto en sus ingresos por concepto del canon, buscando primordialmente el equilibrio financiero para Hoteles Dann Ltda.; pero este equilibrio si bien es permitido, nos obliga hacer (sic) cuidadosos y diligentes en el cumplimiento del ordenamiento legal que nos regula; este criterio también, advierte que en la materialización de esta finalidad no le se puede cargar a la entidad el mayor riesgo. Esta facultad de modificación no supone el sacrificio del particular, como tampoco su beneficio indebido. (...)

El instituto no puede acceder al cambio de lo concertado de manera amigable; es decir no es viable que el acuerdo empiece a regir a partir del mes de abril; por las razones antes expuestas y porque el Infiboy no puede realizar acuerdos conciliatorios sobre hechos causados, más cuando el tema está centrado en asuntos económicos que no solo desconocerían las determinaciones de la junta directiva sino que van en contra vía de las normas contables que rigen a las entidades públicas, las normas de carácter penal, disciplinario, y que riñe con mi proceder ético. Pues en el evento de aceptar su propuesta, estaría causando un detrimento patrimonial que lesiona gravemente los intereses del INFIBOY.

Para el instituto es viable la conciliación, siempre que empiece a regir a partir del mes de agosto fecha de su radicación, como fue aclarado en oficios separados, por nuestros apoderados ante la procuraduría.

Para poder mostrar que con nuestra determinación y nuestro ánimo conciliatorio se beneficia Hoteles Dann Ltda., le presento un cuadro de la deuda con la conciliación y sin la conciliación.

DEUDA CON CONCILIACIÓN
FALTANTE DEL CANON DE LOS MESES DE ABRIL HASTA 31 DE JULIO
15.000.000,00 mensuales\$60.000.000,00
CANON MESES DE OCTUBRE Y NOVIEMBRE
42.429.000,00 x2\$84.858.000,00
INTERESES POR MORA (MESES OCT-NOVIEMBRE)

| | |
|--------------------|---------------|
| 2.545.740.00 | \$2.545.740 |
| TOTAL..... | \$147.403.740 |

DEUDA SIN CONCILIACIÓN
FALTANTE DEL CANON DE LOS MESES DE ABRIL HASTA JULIO 31
 15.000.000.00 mensuales\$ 60.000.000,00

INCREMENTO 18%
 25.336.121,00 x 2 de canon del mes de agosto y septiembre
\$ 50.672.242

Canon meses de octubre y noviembre
 67.765.121x2\$135.530.242

INTERÉS POR MORA
 4.065.907,00 \$4.065.907,00
 TOTAL..... \$250.268.391
 DIFERENCIA..... \$102.864.651 (fl. 60 a 62 c.
 ppal.)

3.2.12 El 7 de diciembre de 1999, el gerente de Hoteles Dann Ltda. se pronunció frente a la comunicación 459 del 10 de noviembre de 1999, donde informó que desde el mes de marzo inició conversaciones con el INFIBOY para lograr una modificación del canon de arrendamiento que venían asumiendo, solicitud que fue formalizada el 11 de marzo de 1999. Resaltó que en el mes de abril de 1999, suscribieron conjuntamente con el apoderado del INFIBOY *“la conciliación permitida por la Ley 80 de 1993, la cual consagra el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, conciliación que se firmó dado el desequilibrio económico que presentaba el contrato de arrendamiento y las grandes pérdidas que hasta ese momento había asumido la sociedad ARRENDATARIA”*.

Reiteró a su vez la necesidad de conciliar a partir del mes de abril de 1999 (fl. 63 a 66 c. ppal.).

3.2.13 En comunicación del 31 de marzo de 2000, el gerente de la sociedad Hoteles Dann Ltda. presentó propuesta para modificar el canon de arrendamiento debido a las pérdidas acumuladas en el último año de operaciones. La propuesta se ciñó a los siguientes parámetros:

1°. *Cambiar el sistema actual de pago del canon de arrendamiento.*

2°. *La sociedad HOTELES DANN LTDA., liquidaría mensualmente el canon de arrendamiento de conformidad con los ingresos que obtenga el hotel.*

3°. De los ingresos brutos de la operación se deducirán todos los gastos (en los cuales se incluyen todos los departamentos en que esta dividido el hotel) y el saldo que resulte se divide 50% para el INFIBOY, 50% para HOTELES DANN LTDA.

4°. En todo caso la sociedad HOTELES DANN LTDA., garantizará un ingreso para el INFIBOY por concepto del canon de arrendamiento de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$25.000.000) mensuales.

5°. Para determinar el ingreso bruto del hotel y sus deducciones el INFIBOY tendrá a su cargo los controles necesarios para establecer que las cifras que presente la sociedad ARRENDATARIA sean correctas y estén acordes con la realidad. (fl. 67-68 c. ppal.).

3.2.14 Mediante oficio del 19 de julio de 2000, la gerente del INFIBOY comunicó al gerente de Hoteles Dann Ltda., frente a la propuesta presentada:

Referente a la propuesta formulada por usted mediante la cual solicita la rebaja del canon de arrendamiento del Hotel Sochagota, comedidamente informo que una vez elevadas las consultas ante las autoridades competentes, no es viable dicha solicitud ya que con anterioridad se llevó a cabo una conciliación prejudicial, donde se aceptó la disminución de dicho valor considerando los mismos fundamentos que son planteados por usted. Nuestro mayor deseo es que continúe manejando el Hotel, pero como comprenderá las condiciones en caso de ser aceptada la prórroga por su parte, serán las mismas que se pactaron inicialmente con la modificación de que trata la conciliación ya referida.

Cordialmente le solicito que una vez tomada alguna decisión, esta sea comunicada oportunamente para adelantar las gestiones pertinentes y no causar traumatismos en el normal funcionamiento de este establecimiento.

Conocedores del buen servicio, alto nivel e imagen que tan prestigiosa cadena ha venido dando al hotel y el impulso turístico generado a la Región, sea esta la oportunidad para reconocerles tan ingentes esfuerzos en pro del Departamento de Boyacá. (fl. 70 c. ppal.)

3.2.15 El 26 de octubre de 2000, la gerente del INFIBOY y el gerente general de Hoteles Dann Ltda. celebraron contrato en cuyo objeto la entidad contratante convino “dar en arrendamiento el Hotel Sochagota, de propiedad del INFIBOY, inmueble que se encuentra ubicado en jurisdicción del municipio de Paipa, departamento de Boyacá, junto con los bienes que hacen parte del contrato”. El canon de arrendamiento se fijó en una suma anual de \$509.148.000 a partir del 1° de agosto del año 2000 y hasta el 31 de julio de 2001, suma que se tendría como valor fiscal del contrato,

incrementado en el 25 sobre las ventas netas, con una forma de pago mensual, dentro de los 15 primeros días de cada mes para el canon fijo y el canon variable (cláusula cuarta), con una duración de dos años contados a partir del 1° de agosto del año 2000 prorrogable por el término que de común acuerdo consideren las partes, a partir de la fecha de vencimiento del mismo el cual no podrá ser superior al inicialmente pactado (cláusula quinta) (fl. 12 a 19, c. ppal. 1).

3.2.16 Mediante resolución n.º 449 del 24 de octubre de 2002, el gerente general del INFIBOY liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento n.º 003 de 1998, suscrito entre la sociedad Hoteles Dann Ltda., y el Instituto, en donde estableció las sumas cuyo pago estaba a cargo de la sociedad Hoteles Dann Ltda., como saldos pendientes por cánones de arrendamiento la suma de \$270.060.000 e intereses moratorios por valor de \$242.164.818, para un total adeudado de \$512.224.818, así (fl. 20 a 27 c. ppal.):

Que la firma Hoteles Dann Ltda. en forma unilateral y pretendiendo hacer valer una conciliación improbadada por el honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, procedió a realizar los correspondientes descuentos al canon de quince millones de pesos (\$15.000.000) mensuales a partir del 1° de abril de 1999, hasta el 31 de julio de 2000 fecha del vencimiento del contrato.

Que la sociedad Hoteles Dann Ltda. adeuda al INFIBOY, de una parte, por concepto de capital la suma de sesenta millones de pesos (\$60.000.000) correspondientes a cuatro (4) meses de arrendamiento a razón de quince millones de pesos (\$15.000.000) mensuales comprendidos entre el 1° de abril de 1999 y el 31 de julio de 1999, dejados de percibir y de otra parte.

Que la sociedad Hoteles Dann Ltda. adeuda al INFIBOY por concepto de capital la suma de doscientos diez millones sesenta mil pesos (\$210.060.000) correspondientes a doce meses de arrendamiento a razón de diecisiete millones quinientos cinco mil (\$17.505.000) mensuales (valor ajustado en el IPC de 1999 para segundo año de acuerdo a lo estipulado en el parágrafo segundo de la cláusula cuarta) comprendidos del 1° de agosto de 1999 al 31 de julio de 2000.

Que el total adeudado del contrato de arrendamiento por concepto de capital es de doscientos setenta millones sesenta mil pesos (\$270.060.000).

Que con base en lo establecido en el numeral noveno de la cláusula sexta del contrato n.º 003 de 1998, Hoteles Dann Ltda. adeuda al INFIBOY por concepto de intereses de mora liquidados al máximo legal

vigente, la suma de doscientos cuarenta y dos millones ciento sesenta y cuatro mil ochocientos dieciocho pesos (\$242.164.818).

3.2.17 En resolución n.º 528 del 18 de diciembre de 2002, el INFIBOY adicionó la resolución n.º 449 del 24 de octubre de 2002, para disponer en su artículo único: *“Además de las sumas establecidas en la resolución número 449 del 24 de octubre de 2002, la sociedad Hoteles Dann Ltda., deberá cancelar al Instituto Financiero de Boyacá, la suma correspondiente a los intereses de mora causados por el no pago oportuno de los cánones de arrendamiento del Hotel Sochagota, los cuales se tasaran desde la fecha de expedición de la resolución 449 ya citada, hasta el día en que el pago se efectúe en su totalidad”* (fl. 28 a 29, c. ppal.).

3.2.18 En resolución n.º 064 del 25 de febrero de 2003, al resolver el recurso de reposición interpuesto por Hoteles Dann Ltda., el INFIBOY confirmó en todas sus partes las resoluciones 449 del 24 de octubre de 2002 y 528 del 18 de diciembre de 2002 (fl. 30 a 44, c. ppal.).

3.3. El caso concreto

3.3.1 De los cargos de nulidad contra el acto administrativo de liquidación unilateral

41. El primer argumento de apelación de la sociedad demandante reprocha la omisión del *a quo* en el pronunciamiento de las causales de nulidad contra el acto de liquidación unilateral contenidas tanto en la demanda como en la petición previa de suspensión provisional.

42. La Sala encuentra que los cargos de anulación invocados en la demanda aludieron a la vulneración de normas superiores en que debía fundarse el acto de liquidación unilateral⁹ y a la falta de competencia temporal en su expedición, cargo último, invocado en la solicitud de suspensión provisional¹⁰.

⁹ Folio 78 a 81 c. ppal.

¹⁰ Folio 90 c. ppal.

43. El fallo de primera instancia concluyó la ausencia de nulidad en el acto de liquidación unilateral debido a la plena competencia de la entidad para realizar el balance del contrato¹¹, la falta de carácter vinculante del acuerdo conciliatorio que no contó con aprobación judicial y con el cual las partes pretendían modificar las obligaciones del contrato de arrendamiento¹². Respecto a la pretensión de reconocimiento de los perjuicios causados por el desequilibrio que afectó la ecuación financiera del contrato, el *a quo* dispuso su negativa ante la ausencia de prueba que acreditara esta situación¹³.

44. Es del caso precisar que el cargo de falta de competencia fue despachado desfavorablemente al considerarse por el *a quo*, que bajo la égida del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 –que a su vez subrogó el artículo 136, numeral 10 del C.C.A.– la Administración disponía de seis meses para liquidar unilateralmente el contrato.

45. Para el *a quo* el interrogante surge cuando la administración deja vencer este plazo y si este suceso comporta una pérdida de competencia para liquidar el contrato. Desde su interpretación, la redacción del literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A. con la modificación introducida por la Ley 446 de 1998, no trae como consecuencia el despojo de competencia de la administración para liquidar el contrato y su traslado al juez, en tanto, dispone “*el derecho del interesado, entendido por tal cualquiera de las partes, de acudir ante el juez del contrato, sin perjuicio del arbitrio de la Administración de practicar liquidación unilateral mientras no se haya configurado caducidad, ni producido y notificado la admisión de la demanda para obtener la liquidación judicial*”¹⁴.

46. La Sala recuerda que para la fecha de celebración del contrato regía el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que en su texto original previó el trámite

¹¹ Folio 320 c. segunda instancia.

¹² Folio 321 c. segunda instancia.

¹³ Folio 321 vto. segunda instancia.

¹⁴ Folio 320 vto.

de liquidación en contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, en el plazo fijado por las partes –en el pliego de condiciones o en el contrato– o en su defecto antes del vencimiento del plazo de cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, para que las partes de común acuerdo realizaran el balance.

47. A su vez, el artículo 61 contempló la liquidación unilateral adoptada por la entidad contratante mediante acto administrativo cuando el contratista no se presente a la liquidación o las partes no lleguen a acuerdo sobre el contenido de la misma, sin embargo no estableció un plazo para que la entidad adoptara tal decisión.

48. Ahora bien, el artículo 136 del C. C. A. subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 dispuso en el numeral décimo, literal d):

Caducidad de las acciones. Subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. (...) 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: (...)
*d) En los 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. **Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;** (negrillas fuera del texto original).*

49. La interpretación dada por esta Corporación, al plazo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 para la liquidación bilateral del contrato y al término fijado por el artículo 136 del C. C. A. subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 para el ejercicio de la facultad de liquidación unilateral en cabeza de la administración, en torno a la posible pérdida de competencia, una vez vencidos estos plazos, se produjo en un primer

momento con un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y posteriormente con pronunciamiento de la Sección Tercera.

50. En concepto n.º 1453 del 6 de agosto de 2003, la Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁵ concluyó: *“los términos legales para efectuar la liquidación del contrato tienen el carácter de preclusivos, pues vencidos los previstos para hacerla de mutuo acuerdo - ella deberá llevarse a cabo “a más tardar” antes del vencimiento de los cuatro meses a que se refiere el artículo 60 de la ley 80 - o para practicarla unilateralmente, la administración pierde la competencia para liquidarlo y se abre paso tal procedimiento únicamente por vía judicial, en los términos señalados (art. 44, numeral 10, ordinal d) ley 446 de 1998).”*

51. De acuerdo con esta precisión, consideró la presencia de vicios de legalidad en todo trámite de liquidación realizado por fuera de los términos legales para efectuarla en forma bilateral o unilateral, así como aquella pretensión de liquidación judicial presentada por fuera de los términos previstos en el artículo 136 del C.C.A., *“por falta de competencia de la administración en los dos primeros casos y, en el último, por vencimiento del término de caducidad”*.

52. La Sección Tercera en sentencia del 4 de diciembre de 2006¹⁶ consideró la falta de competencia temporal de la entidad estatal contratante para efectuar la liquidación unilateral del contrato, en un asunto en el que se produjo por fuera del término de dos meses previsto por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. En aquella oportunidad precisó:

*(...) “En cuanto a la oportunidad que las normas hoy en vigor establecen para el ejercicio de las facultades con que cuentan las entidades estatales para adoptar la **liquidación unilateral**, cabe señalar que esa materia se encuentra regulada en la citada letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., según su contenido a la Administración se le concede un plazo legal de dos (2) meses para adoptar la liquidación unilateral, término que*

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto n.º 1453 del 6 de agosto de 2003, C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 15239, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

empieza a correr a partir del vencimiento de aquél convenido por las partes para la liquidación bilateral o, a falta de tal plazo convencional, a partir del vencimiento del plazo de los cuatro (4) meses que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 consagra, de manera supletiva, para la liquidación bilateral o conjunta.

Ahora bien, si la entidad estatal contratante no efectúa la liquidación unilateral dentro del mencionado término de dos (2) meses, siguientes al vencimiento del plazo acordado o legalmente establecido para la procedencia de la liquidación conjunta, ha de concluirse que aquella pierde su competencia por razón del factor temporal –ratione témporis–, puesto que el aludido plazo legal de dos (2) meses es preclusivo en la medida en que la propia ley consagra una consecuencia en relación con su vencimiento, consistente en trasladar dicha competencia al juez del contrato y autorizar entonces al respectivo interesado –que podrá ser la propia entidad contratante o el particular contratista–, para que a partir del vencimiento de dicho plazo pueda demandar la realización de la liquidación ante el juez del contrato, de conformidad con el texto la norma en cita [parte final de la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.], que a la letra reza:

“... Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;”.

53. La tesis jurisprudencial aludida fue reiterada por la Sección Tercera en sentencia del 15 de abril de 2015¹⁷, donde se insistió frente al carácter preclusivo y perentorio del plazo de dos meses previsto para la liquidación unilateral del contrato por parte de la administración, a partir de la vigencia de la Ley 446 de 1998 que modificó el literal d) numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007. Al respecto precisó:

Fue posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 que modificó el literal d) numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo que se acogió la tesis jurisprudencial de la Sección Tercera y previó un término legal de dos (2) meses para que la Administración efectuara la liquidación del contrato, plazo que, indiscutiblemente, a partir de la expedición de la mencionada Ley y de su inclusión en el ordenamiento legal se tornó preclusivo en la medida en que - tal como lo sostuvo de manera acertada la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2006 mencionada anteriormente - fue la propia ley la que consagró una consecuencia en relación con su vencimiento, consistente en trasladar

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 15 de abril de 2015, Exp. 32717, M.P. Hernán Andrade Rincón.

dicha competencia al juez del contrato y autorizar al respectivo interesado para que a partir del vencimiento de dicho plazo pudiera demandar la liquidación ante el juez del contrato.

Así pues, visto lo anterior, se colige que el plazo de los dos (2) meses que tiene la Administración para liquidar unilateralmente el contrato será perentorio, o no, dependiendo de si el contrato se celebró antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, así:

Para los contratos celebrados después de la expedición de la Ley 446 de 1998 y antes de la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, no cabe duda de que el plazo de los dos (2) meses para proceder a su liquidación unilateral era preclusivo, en tanto que fue la misma ley la que así lo determinó y trasladó esa competencia al juez del contrato, no sucede lo mismo en aquellos casos en los cuales el contrato se hubiese celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, como se verá enseguida:

Antes de que entrara a regir la Ley 446 de 1998, el término de los dos (2) meses con los que contaba la Administración para liquidar unilateralmente un contrato estatal, era un plazo establecido por vía de interpretación jurisprudencial y no prescripción legal, época en la cual la posición más acogida en la Sección Tercera del Consejo de Estado consistía en considerar posible la liquidación aun cuando se hubiesen cumplido los plazos admitidos por vía jurisprudencial, siempre y cuando dicho procedimiento se efectuara antes del vencimiento del plazo previsto por la ley para el ejercicio de la acción de controversias contractuales, de ahí que el plazo de los dos (2) meses referido anteriormente, al no encontrarse regulado por la Ley – antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1993 -, no podía tenerse como perentorio.

Así las cosas, razonable resulta concluir que el plazo para liquidar unilateralmente un contrato celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, no podía tener el carácter de perentorio y, en consecuencia, si transcurría el término de los dos (2) meses sin que la Administración liquidara el contrato, no podía entenderse que perdía competencia para hacerlo, salvo que venciera el término para ejercer la acción de controversias contractuales o recurriera el contratista a la vía jurisdiccional.

Ahora bien, de cara al caso concreto, encuentra la Sala acreditado que el contrato No. 099/96 por cuya causa se demanda, se celebró el día 3 de octubre de 1996, es decir con anterioridad a la expedición de la Ley 446 de 1998, razón por la cual y de conformidad con lo antes expuesto, el plazo previsto para liquidarlo unilateralmente no ha de considerarse como perentorio.

Significa lo anteriormente dicho que, en este caso, la entidad demandada tenía competencia para liquidar el mencionado contrato en cualquier momento, siempre que no hubiese vencido el plazo previsto en la ley para el ejercicio de la acción de controversias contractuales o no hubiese recurrido el contratista a la vía jurisdiccional.

54. A partir del análisis jurisprudencial reseñado es posible colegir, que en vigencia de la Ley 446 de 1998 y antes de la reforma introducida por la Ley

1150 de 2007, la entidad contratante contaba con dos meses a partir del vencimiento del plazo previsto para la liquidación de mutuo acuerdo, para liquidar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo. Transcurrido este plazo sin que procediera en tal sentido, la administración perdía competencia para hacerlo, en la medida en que las partes se encontraban facultadas para obtener la liquidación del contrato por la vía judicial.

55. En el caso particular, para el momento de celebración del contrato de arrendamiento y para el momento en que se produjo la liquidación unilateral del contrato de arrendamiento, regía la Ley 80 de 1993 y el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el literal d) numeral 10 del artículo 136 del C. C. A. y estableció el plazo de dos meses para que la administración procurara la liquidación unilateral del contrato.

56. El contrato de arrendamiento n.º 03 de 1998 se celebró el 16 de julio de 1998, es decir con posterioridad a la expedición de la Ley 446 de 1998¹⁸. Por su parte, la duración del contrato se fijó en dos años desde el 1º de agosto de 1998 hasta el 31 de julio de 2000¹⁹.

57. En ese orden, las partes contaban con un plazo de 4 meses para liquidar bilateralmente el contrato que transcurrió del 1º de agosto al 1º de diciembre de 2000. Vencido este término, el INFIBOY contaba con un plazo de 2 meses para la liquidación unilateral del contrato, del 2 de diciembre de 2000 al 2 de febrero de 2001.

58. En este contexto, la Resolución n.º 449 del 24 de octubre de 2002, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento n.º 03 de 1998, se expidió sin competencia del gerente general del Instituto Financiero de Boyacá INFIBOY (fl. 20 a 27 c. ppal.).

59. Así las cosas, le asiste razón al apelante, en tanto el acto de liquidación

¹⁸ El artículo 163 de la referida normativa dispuso que la ley regía desde su publicación, salvo disposición en contrario. La publicación se produjo el 8 de julio de 1998, en el Diario Oficial n.º 43.335.

¹⁹ Conforme se extrae de la cláusula quinta del contrato (fl. 5 a 10, c. ppal.)

unilateral del contrato adolece de nulidad debido a la falta de competencia temporal de la entidad para realizar el balance. En consecuencia, corresponde revocar la sentencia impugnada para en su lugar, declarar la nulidad de las resoluciones n.º 449 del 24 de octubre de 2002, 528 del 18 de diciembre de 2002 y 064 del 25 de febrero de 2003, por las cuales el Instituto Financiero de Boyacá liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento n.º 03 de 1998, celebrado por esta entidad con la sociedad Hoteles Dann Ltda.

60. Ante la prosperidad del cargo de nulidad por falta de competencia invocado por la parte demandante contra el acto administrativo acusado, la Sala se releva de abordar el análisis frente al cargo de violación de normas superiores en que debía fundarse el acto, alegado por el actor.

3.3.1 Los perjuicios causados por el presunto desequilibrio económico del contrato de arrendamiento

61. El demandante reclama el reconocimiento de los perjuicios causados por la entidad demandada ante la ocurrencia de circunstancias que presuntamente afectaron el equilibrio económico del contrato e hicieron más gravosa su ejecución para el contratista, en razón al elevado canon de arrendamiento del Hotel Sochagota frente a la realidad financiera del hotel.

62. En sede de apelación, el accionante acusa a la sentencia de primera instancia de desconocer el contenido del artículo 27 de la ley 80 de 1993, al negar la pretensión relacionada con el reconocimiento de perjuicios causados al contratista a consecuencia del presunto desequilibrio económico del contrato de arrendamiento.

63. La Sala ha considerado que el artículo 5º de la Ley 80 de 1993 garantiza a los contratistas, colaboradores de la administración, el derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no les sean imputables. A su vez, que el artículo 27 del estatuto de contratación estatal, prevé el

mantenimiento de la igualdad entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, con el apremio para las partes, que en caso de suscitarse el quebrantamiento de dicha igualdad o equivalencia por causas no imputables a quien lo alega, se adopten las medidas necesarias para su restablecimiento²⁰.

64. A su vez ha recalcado que las citadas disposiciones desarrollan el principio de equilibrio económico del contrato a través del cual se busca asegurar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones convenidas por las partes, para el cumplimiento del objeto negocial, *“de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.”*²¹

65. Ahora bien, en esta oportunidad el demandante señala que la ejecución del contrato se vio afectada por circunstancias no atribuibles a su conducta, y condensó en *“dificultades económicas por las que atravesaba la operación del Hotel Dann Sochagota”*, que hicieron difícil el pago del canon de arrendamiento contemplado por las partes como remuneración a cargo del contratista y a favor de la entidad contratante.

66. Para negar la pretensión pecuniaria formulada, el *a quo* puso de presente la precariedad probatoria del demandante frente a este pedimento, al considerar que se había limitado a predicar el desequilibrio económico en razón al elevado canon de arrendamiento y a la situación financiera del hotel sin acreditar estas circunstancias a través de los elementos de convicción pertinentes.

67. La Sala advierte que las consideraciones del juez de primera instancia se encuentran ajustadas, en tanto la parte interesada no acreditó los supuestos necesarios para acceder al reconocimiento de los perjuicios

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de marzo de 2017, Exp. 37500, M.P. Ramiro Pazos Guerrero

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

reclamados. Si bien se demuestra que durante la ejecución del contrato de arrendamiento, el contratista puso de presente mediante comunicaciones dirigidas a la entidad contratante circunstancias que según su apreciación alteraron la ecuación económica del contrato, lo cual llevó a concretar un acuerdo conciliatorio que se sometería a aprobación judicial y de cuyos resultados no se tiene certeza²², no existe prueba en la actuación procesal que indique la ocurrencia de una circunstancia imprevista y ajena a las partes que ameritara el cambio en las obligaciones o en las condiciones inicialmente pactadas y que afectara el equilibrio económico del contrato.

68. En consecuencia, deberá negarse la pretensión pecuniaria correspondiente al reconocimiento de perjuicios por el presunto desequilibrio económico del contrato ante su falta de demostración.

3.3.2 De la posibilidad de liquidación judicial del contrato

69. La Sala debe recalcar que la declaratoria de nulidad del acto de liquidación unilateral no implica *per se* la procedencia de la liquidación judicial del contrato de arrendamiento, cuando la parte interesada no formula pretensión en tal sentido.

70. En el caso particular, el demandante reclamó como pretensión la expedición de paz y salvo correspondiente al contrato de arrendamiento n.º 003 firmado el día 16 de julio de 1998. Para la Sala habrá de entenderse la solicitud presentada por el actor como el ejercicio judicial de balance de la ejecución de las obligaciones pactadas por las partes del contrato, para determinar si existe algún saldo adeudado con ocasión del mismo y si en efecto corresponde declarar al contratista a paz y salvo.

71. En ese orden, sería del caso hacer el balance final del contrato de no

²² Conviene señalar al respecto que el demandante no presentó solicitud probatoria en la oportunidad procesal pertinente para obtener copia de la providencia que se pronunció frente a la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio al que arribaron durante la ejecución del contrato. En la demanda únicamente se solicitó oficiar a la Procuraduría Judicial 46 ante el Tribunal Administrativo de Boyacá para que expidiera copia del acta de conciliación prejudicial n.º 247 de 1999, de fecha 15 de septiembre de 1999, solicitud a la que se accedió mediante providencia del 14 de marzo de 2007.

ser porque en el plenario no hay material probatorio que permita efectuar el corte definitivo de cuentas. En efecto, solo aparecen los contratos de arrendamiento junto con sus modificaciones, los actos administrativos censurados, el acta de conciliación prejudicial, el cruce de comunicaciones en torno al pretendido desequilibrio económico y a la falta de acuerdo sobre el canon luego de suscrita el acta de conciliación, las actas de la junta directiva del INFIBOY y unos testimonios.

72. Así, el acervo probatorio es insuficiente para liquidar el contrato, ya que no da cuenta de la ejecución de las prestaciones a cargo de cada parte y si alguna le adeuda algo a la otra. El eje central de la controversia giraba en torno al pago del canon y ni siquiera alguna de las partes acreditó que este se efectuó de forma completa o incompleta, hay total carencia probatoria al respecto y ello impide declarar a paz y salvo a las partes por la ejecución contractual, de ahí que deba negarse esta pretensión.

73. Para ahondar en razones, la Sala advierte que no es posible considerar los montos de que trata la liquidación unilateral, por cuanto esta adolece de la nulidad ya explicada. En consecuencia, sería un contrasentido darle valor a algo que carece de ello. Inclusive, si en gracia de discusión, se intentara reproducir el ejercicio liquidatorio efectuado por la entidad, se encuentra que el material probatorio desdice las conclusiones numéricas ahí consignadas.

74. A efectos de clarificar el punto, la Sala reconstruirá el cruce de cuentas hecho por el contratante, quien indicó, en síntesis, que la contratista pagó parcialmente el canon de arrendamiento, pues desde abril de 1999 a julio de 2000 solo consignó el valor previsto en el acta conciliatoria y no el pactado contractualmente²³.

75. Así, en lo que toca al primer año de arrendamiento se advierte que, luego de efectuar las correspondientes operaciones matemáticas, pues en

²³ En la liquidación unilateral la entidad advirtió: “[L]a firma Hoteles Dann Ltda. en forma unilateral y pretendiendo hacer valer una conciliación improbadada por el honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, procedió a realizar los correspondientes descuentos al canon de quince millones de pesos (\$15.000.000) mensuales a partir del 1° de abril de 1999, hasta el 31 de julio de 2000 fecha del vencimiento del contrato” –supra párr. 3.2.16–.

el acto no quedaron expresamente consignadas, la entidad concluyó que la arrendataria debía pagar, para los meses de abril a julio de 1999, la suma de \$57.428.079²⁴ mensuales, pero solo consignó \$42.429.000²⁵. De tal forma que la diferencia entre ambos valores ascendería a \$14.999.079 mensuales –que se acercan a los \$15.000.000²⁶ mensuales de la liquidación unilateral–.

76. De cara al segundo año de arrendamiento se tiene que, una vez efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas, la entidad estimó que entre agosto de 1999 y julio de 2000 la arrendataria debía consignar mensualmente \$67.018.569²⁷, pero solo pagó \$49.514.643²⁸, para una diferencia de \$17.503.926 –que se aproximan a los 17.505.000²⁹ de la liquidación unilateral–.

77. Precisado lo anterior, se tiene que los valores ahí consignados carecen de sustento probatorio, no hay otro elemento de convicción que permita considerar como ciertos esos montos y así conocer si la arrendataria efectivamente los pagó mensualmente, en qué fecha lo hizo y si fue por el valor que asegura el arrendador o por alguno mayor o menor al ahí expresado.

²⁴ La Sala arriba a este monto luego de tomar el valor anual del canon de arrendamiento previsto en la cláusula cuarta (\$689.136.952) y dividirlo para obtener el valor mensual (\$57.428.079) –*supra* párr. 3.2.1–.

²⁵ En el acta de conciliación del 15 de septiembre de 1999, sobre el valor del canon mensual, se indicó: “*Se disminuye el canon mensual de arrendamiento de \$57.428.069,33 a \$42.429.000 mensuales*” –*supra* párr. 3.2.7–.

²⁶ En la liquidación unilateral sobre este monto se consignó: “[L]a sociedad Hoteles Dann Ltda. adeuda al INFIBOY, de una parte, por concepto de capital la suma de sesenta millones de pesos (\$60.000.000) correspondientes a cuatro (4) meses de arrendamiento a razón de quince millones de pesos (\$15.000.000) mensuales comprendidos entre el 1° de abril de 1999 y el 31 de julio de 1999, dejados de percibir y de otra parte” –*supra* párr. 3.2.16–.

²⁷ La Sala arriba a este monto luego de actualizar el canon anual (\$689.136.952) con base en el índice de precios al consumidor vigente para el año anterior, esto es, el IPC para 1998 que fue de 16,70%, conforme al parágrafo segundo de la cláusula cuarta, para un total de \$804.222.823 anual y \$67.018.569 mensual.

²⁸ La Sala llega a este valor luego de actualizar el canon mensual de que trata el acta de conciliación (\$42.429.000) con base en el índice de precios al consumidor vigente para el año anterior, para un total de \$49.514.643.

²⁹ En la liquidación unilateral respecto a este valor se precisó: “[L]a sociedad Hoteles Dann Ltda. adeuda al INFIBOY por concepto de capital la suma de doscientos diez millones sesenta mil pesos (\$210.060.000) correspondientes a doce meses de arrendamiento a razón de diecisiete millones quinientos cinco mil (\$17.505.000) mensuales” –*supra* párr. 3.2.16–.

78. Inclusive en comunicación del 10 de noviembre de 1999 –*supra* párr. 3.2.11–, el INFIBOY le informó a la arrendataria la deuda que hasta ese momento registraba y los valores que indicó difieren de los consignados en la liquidación unilateral. En efecto, en aquella oportunidad el arrendador indicó que el valor adeudado entre abril y julio de 1999 ascendía a \$15.000.000 mensuales, calculado tanto con el canon pactado como con el previsto en el acta de conciliación³⁰; sin embargo, si se respetara el ejercicio matemático de la liquidación la deuda debía variar según se calculara con base en el canon original o con el modificado por la conciliación, puesto que la deuda no podía ser la misma bajo los dos supuestos, por ende, se desconoce porque el INFIBOY calculó de forma distinta la deuda. Además, en lo que respecta a las mensualidades que en ese momento se debían del segundo año, esto es, agosto y septiembre de 1998, el INFIBOY precisó que la deuda por el reajuste era de \$25.336.121³¹ mensuales, siendo que, según la liquidación, el reajuste mensual solo era de \$9.590.489³². Inconsistencias que impiden darle credibilidad a los valores consignados en la liquidación unilateral.

Además, en la liquidación unilateral nada se dijo sobre los descuentos para mantenimiento y reparaciones locativas previstos en el párrafo primero de la cláusula cuarta. Las partes acordaron que la arrendataria descontaría mensualmente \$10.000.000 durante el primer año y 15.000.000 en el segundo año y ello debió considerarse en el cruce de cuentas, pero no fue así, la entidad calculó la deuda con base en el total del canon, sin dar explicaciones de porque no efectuó los descuentos. De tal forma que el

³⁰ El oficio del 10 de noviembre de 1998 calculó la deuda con base en el acta de conciliación y con el canon pactado, así: “*DEUDA CON CONCILIACIÓN // FALTANTE DEL CANON DE LOS MESES DE ABRIL HASTA 31 DE JULIO // 15.000.000,00 mensuales...\$60.000.000,00 (...) DEUDA SIN CONCILIACIÓN // FALTANTE DEL CANON DE LOS MESES DE ABRIL HASTA JULIO 31 // 15.000.000,00 mensuales...\$60.000.000,00*” –*supra* párr. 3.2.1–.

³¹ El oficio del 10 de noviembre de 1998 verificó el reajuste por IPC, así: “*INCREMENTO 18% // 25.336.121,00 x 2 de canon del mes de agosto y septiembre...\$50.672.242*” –*supra* párr. 3.2.1–.

³² Esta cifra se obtiene de la diferencia entre el canon reajustado para el segundo año (\$67.018.569) considerado en la liquidación unilateral y el canon original previsto para el primer año (\$57.428.079).

cálculo de la deuda debió hacerse sobre \$47.428.079³³ para el primer año y \$52.018.569³⁴ para el segundo. Sin embargo, tampoco se conoce la razón de ese proceder y si la contratista descontó de los pagos esos rubros, motivo de más para desestimar la declaratoria de paz y salvo que requerida.

3.4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

REVOCAR la sentencia del 17 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones n.º 449 del 24 de octubre de 2002, 528 del 18 de diciembre de 2002 y 064 del 25 de febrero de 2003, por las cuales el Instituto Financiero de Boyacá liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento n.º 003 de 1998, celebrado por esta entidad con la sociedad Hoteles Dann Ltda., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al tribunal de origen.

³³ La Sala arribó a este valor luego de descontar del canon original (\$57.428.079) los \$10.000.000 de que trata el parágrafo primero de la cláusula cuarta.

³⁴ La Sala arribó a este valor luego de descontar del canon reajustado (\$67.018.569) los \$15.000.000 de que trata el parágrafo primero de la cláusula cuarta.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado