**FONADE – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación – Regulación – Actividades de FONADE**

De acuerdo con el Decreto 288 del 2004 Fonade es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero. Ahora, por regla general las EICE hacen parte de aquellas entidades estatales sobre las que opera la regulación de la Ley 80 de 1993, por estar incluidas como tal en su artículo 2. Sin embargo, a pesar de su carácter de EICE, en tanto entidad financiera Fonade se encuentra comprendida por la excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que exceptúa del régimen del estatuto de contratación a los contratos que estas celebren como parte del giro ordinario de sus negocios (…) A pesar de que Fonade está organizada como entidad financiera, su razón de ser no es la de participar de forma activa en el mercado financiero, sino la financiación de proyectos de desarrollo adelantados por otras entidades públicas. No en vano tiene por objeto principal ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 288 de 2004 (…) En ocasiones anteriores la Sección ha tenido la oportunidad de concluir que los asuntos propios del giro ordinario de los negocios de Fonade como entidad financiera van más allá de los enlistados en el Decreto Ley 663 de 1993, e incluyen las actividades propias de su razón de existir como entidad pública (…) Así las cosas, no resta sino concluir que el régimen jurídico de un contrato celebrado por Fonade como el que se estudia, para la época de los hechos, no estaba regido por la Ley 80 de 1993, sino por las reglas de derecho privado.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN –** **Entidades exceptuadas régimen de contratación – Cómputo – Oportunidad de la acción – Liquidación mutuo acuerdo – Plazo de liquidación bilateral – No revive términos de caducidad**

La sentencia de primera instancia consideró que el término de caducidad inició su contabilización en el momento en que venció el plazo con el que contaba la entidad para liquidar el contrato de forma unilateral, porque así lo prevé el numeral 10, literal d, del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, resulta evidente a estas alturas que ello fue un error, dado que no podía iniciarse la contabilización del término desde un punto que en el caso concreto resulta inexistente, pues es obvio que en cuanto se trató de un contrato de derecho privado, las prerrogativas propias de la administración de la Ley 80 de 1993, como la liquidación unilateral, no eran aplicables (…) La jurisprudencia de la Sección, (…) ha señalado que [la caducidad] debe contarse desde el momento en que venció el plazo con el que contaban las partes para hacer dicha liquidación por mutuo acuerdo (…) La facultad de accionar comienza con el plazo fijado por la ley y nada obsta para que se ejerza desde el primer día, pero fenece definitivamente al terminar el plazo improrrogable, pues opera de pleno derecho dado que contiene plazos, en general, no susceptibles de interrupción ni de suspensión. Particularmente, respecto de los casos en los que el término da caducidad ya iniciado respecto de contratos que debían liquidarse, la Sección ha señalado que la ocurrencia de una liquidación por mutuo acuerdo hecha cuando ya había vencido el plazo para efectuarla, no tiene la virtualidad de revivir el plazo para actuar, porque ello implicaría dejar la caducidad sujeta a la voluntad de las partes.

**ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Caducidad de la acción – Término – Acción procedente – Reparación directa**

La Sala tampoco acogerá los argumentos de la parte apelante según la cual debería estudiarse el enriquecimiento sin causa pedido de forma subsidiaria, en cuanto este no está sujeto a un término de caducidad sino de prescripción, ya que es claro que en el caso resulta aplicable la caducidad y se encuentra que este fenómeno también operó respecto de esta solicitud indemnizatoria también. Debe tenerse en cuenta que es claro para la Sección Tercera del Consejo de Estado, que las pretensiones de enriquecimiento sin causa encuentran su vehículo procesal idóneo en las acción de reparación directa y como tal se cuenta con el término de dos años, contados desde el día siguiente al acaecimiento del hecho u omisión que da lugar al daño por el cual se demanda la indemnización, para intentar el medio de control, período que, una vez vencido, impide solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por haberse configurado el fenómeno jurídico procesal de caducidad de la acción. (…) Las pretensiones de enriquecimiento sin causa encuentran su vehículo procesal idóneo en las acción de reparación directa y como tal se cuenta con el término de dos años, contados desde el día siguiente al acaecimiento del hecho u omisión que da lugar al daño por el cual se demanda la indemnización, para intentar el medio de control, período que, una vez vencido, impide solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por haberse configurado el fenómeno jurídico procesal de caducidad de la acción (…) La Sala no acogió los argumentos de la parte apelante según la cual debería estudiarse el enriquecimiento sin causa pedido de forma subsidiaria, en cuanto este no está sujeto a un término de caducidad sino de prescripción, ya que es claro que en el caso resulta aplicable la caducidad y se encuentra que este fenómeno también operó respecto de esta solicitud indemnizatoria también.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02773-01(37069)**

**Actor: MICROCELL COLOMBIA LTDA.**

**Demandado: FONADE**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 15 de abril del 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción. La sentencia será confirmada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La sociedad Microcell Colombia Ltda. solicita, en síntesis, que se declare el incumplimiento de Fonade en el marco del contrato de suministro n.º 000936 del 19 de diciembre del 2000, celebrado entre ambas partes. Sin embargo, la demanda fue radicada extemporáneamente de acuerdo con las reglas que sobre la caducidad de los contratos sujetos a liquidación prevé el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se pretende**

1. Mediante escrito presentado el 7 de diciembre del 2005 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 3-29 c. 1), la sociedad Microcell Colombia Ltda. presentó a través de apoderado demanda en ejercicio de la acción de Controversias Contractuales contra Fonade, con el fin de que se hicieran, entre otras, las siguientes declaraciones y condenas:

*1.1. Que se declare que el contrato de suministro No. 000936 de 19 de diciembre de 2000 (…), SUSCRITO ENTRE Fonade Y Microcell Colombia Ltda., CONSTITUYE Y RECOJE, sólo una parte DE LO QUE INICIALMENTE Fonade CONTEMPLÓ COMO ESPECIFICACIONES TÉCNICAS O TÉRMINOS DE REFERENCIA (Ver PRUEBA No. 1), de los equipos objeto de suministro e instalación, como quiera que el citado contrato, excluyó expresamente el suministro de la U.P.S. de 30 KVA, suministro que le fue adjudicado a otro contratista, y que no reclama mi poderdante.*

*1.2. Que se declare que el contrato de suministro No. 000936 de 19 de diciembre de 2000 (…), suscrito entre FONADE y MICROCELL COLOMBIA LTDA., comprende y se extiende, no sólo a lo expresamente pactado en el mismo y lo consignado en los términos de referencia, sino a todo lo que de suyo le pertenece, como lo es de manera principal y esencial la propuesta presentada por MICROCELL COLOMBIA LTDA., el día 30 de noviembre de 2000 (Ver PRUEBA No.2), la cual fue expresamente aceptada por FONADE, sin ninguna glosa, mediante comunicación de fecha 11 de diciembre de 2000 (Ver PRUEBA No. 3).*

*1.3. Que se declare, en consecuencia, que el verdadero objeto del contrato de suministro No. 000936 de 19 de diciembre de 2000. Suscrito entre FONADE y MICROCELL COLOMBIA LTDA., se encuentra conformado no sólo por lo expresamente señalado en la Cláusula Primera del mismo, sino también por las condiciones técnicas y económicas, expresadas en la propuesta presentada por MICROCELL COLOMBIA LTDA., el día 30 de noviembre de 2000, la cual, al haber sido aceptada expresamente por FONADE sin glosa alguna, extiende, delimita y precisa el alcance del objeto contractual y por consiguiente, de las obligaciones a cargo de MICROCELL COLOMBIA LTDA.*

*1.4. Que se declare que los elementos y materiales expresamente no cotizados o excluidos de la propuesta presentada por MICROCELL COLOMBIA LTDA., pero sí entregados por ésta y posteriormente reclamados mediante comunicaciones de fechas mayo 24 y octubre 25 del 2001 (…) y derecho de petición (…), radicado el 20 de abril de 2004, así como los trabajos adicionales que fueron necesarios realizar y/o subcontratar, los cuales se relacionan a continuación, en forma integrada, al haber sido recibidos a satisfacción por FONADE, como consta en el Acta de Liquidación Final del Contrato de fecha septiembre 10 de 2004 (ver PRUEBA No. 6.), la cual constituye una modificación o adición implícita o tácita del valor inicial del contrato, en cuantía no determinada al momento de la entrega de los mismos, pero determinable a través del mecanismo del justiprecio previsto en la ley:*

*(…)*

*1.5. Que se declare como justiprecio de los referidos elementos y materiales, así como de los trabajos adicionales que fueron necesarios realizar y/o subcontratar, el precio señalado para cada uno de ellos en las reclamaciones de Mayo 24 y Octubre 25 del 2001, (…) y en el derecho de petición presentado por MICROCELL COLOMBIA LTDA. (…), o en su defecto, los que se aprueben como tales en el curso del proceso o en la sentencia.*

*1.6. Que se tenga como precio de los 180 días adicionales trabajados por mi representada y, que se relacionan en el último concepto del cuadro anexo al derecho de petición (…), el valor especificado en la propuesta de mi poderdante de 30 de noviembre de 2000 para dicho evento (…), equivalente a US$500.00 dólares de los Estados Unidos de América, por cada día de trabajo adicional, o en su defecto, el valor que se apruebe como justiprecio en el curso del proceso.*

*1.7. Que se declare que MICROCELL COLOMBIA LTDA incurrió e ciento ochenta (180) días de trabajo adicionales para el montaje y puesta en servicio de la subestación, por causas ajenas a mi poderdante, equivalentes a los tiempos sumados de las prórrogas que fue necesario suscribir entre FONADE y MICROCELL COLOMBIA LTDA., (…) por modificaciones en las especificaciones técnicas, no atribuibles a mi representada, según se desprende de sus solicitudes de prórroga, de fechas abril 16 de 2001 (…) y julio 10 del 2001 (…).*

*1.8. Que se declare que todos los conceptos, objeto de reclamación mediante comunicaciones de fechas Mayo 24 y Octubre 25 del 2001 (…), y el citado derecho de petición (…), fueron efectivamente entregados y/o ejecutados por mi representada a satisfacción de FONADE.*

*1.9. Que se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE incurrió en incumplimiento contractual, consistente en no haber reconocido ni pagado la totalidad de los conceptos reclamados por mi poderdante, mediante comunicaciones de fechas Mayo 24 y Octubre 25 del 2001 (…) y, finalmente mediante derecho de petición dirigido a dicha entidad y radicado el día 20 de abril de 2004 (…).*

*1.10. Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE- a pagarle a mi representada, la suma de QUINIENTOS TRECE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS ($513 .539.192.00) MONEDA LEGAL, por concepto de la diferencia a cargo de dicha entidad, entre el valor total de los conceptos de la diferencia a cargo de dicha entidad, entre el valor total de los conceptos reclamados mediante comunicaciones de fechas; mayo 24 y Octubre 25 del 2001 (…) y el derecho de petición a que se refiere el numeral anterior ($547.424.648.00) (…) y la suma que le fue reconocida a mi poderdante, con base en las dos primeras reclamaciones (de mayo 24 y octubre 25 de 2001), en el acta del comité operativo No. 21 suscrita el 3 de Octubre de 2001, según consta en el Acta de Liquidación Final del Contrato de 10 de septiembre de 2004 ($33.885.456.00) (…), o la suma que resulte por razón de la misma diferencia, al aplicar a los conceptos reclamados, el justiprecio judicialmente aprobado.*

*1.11. Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE a pagarle a mi representada, la suma que corresponda, por razón de la actualización o indexación monetaria del valor que fuere condenada a pagar, por el concepto señalado en el numeral anterior, desde el 18 de Octubre del 2001, fecha en que FONADE y la interventoría INGENIERÍA DEL TERCER MILENIO LTDA. suscribieron, en señal de recibo, la comunicación de la misma fecha en cuyos anexos se relacionan los conceptos objeto de la reclamación (…), posteriormente a la suscripción del acta de entrega de los elementos correspondientes al contrato 000936 (…), y hasta el día en que quede en firme la sentencia condenatoria correspondiente, atendiendo los criterios de actualización y/o indexación vigentes al momento de proferirse la sentencia, junto con los intereses comerciales legales a la tasa del interés bancario corriente, vigente en cada momento del periodo indicado (Art. 884 del C. de Co.), o en su defecto, con los intereses civiles legales a la tasa del 6% anual durante idéntico periodo.*

*1.11.1 Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE a pagarle a mi representada, la suma que corresponda por razón de la actualización o indexación monetaria del valor que finalmente le reconoció a mi representada en cuantía de $33.885.456, desde el 3 de octubre del 2001, fecha en que fue aprobado dicho pago adicional mediante acta del comité operativo No. 21 de la misma fecha, según se consigna en el acta final de liquidación (ver PRUEBA No. 6) y hasta el día 28 de octubre de 2004, fecha en que FONADE efectivamente canceló el referido valor, atendiendo los criterios de actualización y/o indexación vigentes al momento de proferirse la sentencia, junto con los intereses comerciales legales a la tasa del interés bancario corriente, vigentes en cada momento del periodo indicado (Art. 884 del C. de Co), o en su defecto, con los intereses civiles legales a la tasa del 6% anual durante idéntico periodo.*

*1.12. Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE a pagarle a mi representada los intereses comerciales de mora a la tasa máxima autorizada por la ley, desde la fecha en que quede en firme la sentencia condenatoria, o se venza el plazo señalado en la misma para el pago, y hasta cuando se verifique el pago total de los valores que fuere condenado a pagar, sobre el valor total líquido o por el cual se liquide la citada sentencia.*

*2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS*

*(…)*

*2.3. Que se declare que ha operado un enriquecimiento sin causa a favor del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, por concepto de la diferencia entre el justiprecio de los conceptos reclamados, mediante comunicaciones de fechas Mayo 24 y Octubre 25 del 2001 (…) y el mencionado derecho de petición radicado el 20 de abril de 2004 (…) y el valor reconocido por FONADE en cuantía de $33.885.456.00mediante comunicación del 30 de junio de 2004.*

*(…)*

**II. Trámite procesal**

2. El 2 de agosto del 2006 se admitió la demanda (f. 44 c. 1) y se ordenó la notificación de Fonade, que contestó la demanda (f. 51-62 c. 1) negando la existencia del incumplimiento, en cuanto los elementos suministrados a que obedece la reclamación en realidad estaban previstos en la oferta y el contrato y hacían parte del precio que efectivamente se pagó. Agregó que si no estaba de acuerdo con el contrato en la forma en que este quedó, bien pudo abstenerse de suscribirlo. Finalmente, propuso la excepción de caducidad, sobre la que expresó:

*Formulo la presente acción ya que si se tiene en consideración la fecha en que presentó la demanda la parte actora y el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento, pasaron más de dos años y de conformidad con lo ordenado en el artículo 136 numeral 10 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998 va (sic) las acciones relativas a contratos “el término de caducidad será de dos años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirve de fundamento” y de conformidad con tesis que en forma reiterativa ha sostenido esa Sala, en materia de contratos, el término de caducidad se debe contar a partir de que haya transcurrido el lapso de cuatro meses de los que dispone la administración para liquidar el contrato (…).*

3. El 12 de noviembre del 2008 se corrió traslado para alegar de conclusión (f. 210 c. 1), oportunidad en que actuaron ambas partes. La sociedad demandante insistió en el incumplimiento de Fonade del contrato de suministró, consistente en no pagar elementos y actividades que aunque no quedaron explícitamente incluidas en el cuerpo del contrato, sí hacían parte de la oferta aceptada sin glosas por la entidad estatal (f. 214-219 c. 1); mientras que Fonade reiteró que dichos elementos de hecho sí estaban incluidos en la oferta y por lo tanto el demandante estaba en la obligación de su entrega por el precio pactado libremente por las partes en el contrato (f. 220-223 c. 1).

4. El 15 de abril del 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia** de primera instancia (f. 228-234 c. ppl), en la que el *a quo* declaró probada la excepción de caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda.

4.1. Al respecto, señaló que de conformidad con la cláusula primera de la adición No. 2, el contrato de suministro n.º 000936 del 19 de diciembre del 2000 concluyó el 17 de octubre del 2001, mientras que la cláusula quinta del acuerdo señaló que el término para liquidar de común acuerdo era de dos meses, término que venció el 17 de diciembre del 2001.

4.2. Agregó que en cuanto la liquidación bilateral no ocurrió en ese plazo, Fonade tuvo otros dos meses para liquidar de forma unilateral, según dispone el literal d del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Este término también venció el 17 de febrero del 2002, sin que se hiciera uso de tal facultad por parte de la entidad.

4.3. Ante estas circunstancias, consideró que la caducidad debía iniciar su contabilización desde ese momento, sin consideración a que después se hubiese suscrito un acta de liquidación bilateral, y explicó:

*(…) [E]s a partir de esta última fecha que empieza a contabilizarse el término de caducidad de dos (2) años de la acción contractual, de donde se deduce que el término de caducidad de la acción contractual venció el 18 de febrero de 2004, por lo que cuando se presentó la demanda, 7 de diciembre de 2005 (folio 29 anverso del C.1), ya estaba caducada la acción.*

*El hecho de que ambas partes hubieren liquidado bilateralmente el contrato el 10 de septiembre de 2004, cuando las partes contratantes habían perdido competencia para liquidarlo de común acuerdo, no puede tener la virtud de revivir de caducidad de la acción contractual, por cuanto las normas de caducidad sin normas procesales de orden público, de obligatorio cumplimiento, que no pueden ser derogadas por convenios entre particulares, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento contencioso administrativo por la remisión que se hace a dicho código en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.*

*Si bien jurisprudencialmente se ha aclarado que durante el término de caducidad de dos (2) años, la entidad pública contratante de manera unilateral o las partes de manera bilateral, pueden realizar la liquidación del contrato, se entiende que dicha facultad para liquidar el contrato se extiende únicamente durante el término de caducidad de la acción contractual.*

*En el caso en estudio, si la sociedad demandante consideraba que había existido un rompimiento del equilibrio económico, por cuanto presuntamente no se le había reconocido ni pagado unos elementos y materiales que había suministrado, así como tampoco unos trabajos adicionales que realizó directamente o mediante subcontratación, en ejecución del contrato de suministro No. 000936, a más tardar el 18 de febrero de 2004 debió acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de la acción contractual, para que se realizara la liquidación judicial del contrato de suministro No. 000936, y se le reconocieran las sumas de dinero presuntamente adeudadas y no reconocidas por FONADE.*

*Pero considerando que MICROCELL COLOMBIA LTDA.: a) No acudió ante la jurisdicción para solicitar la liquidación judicial del contrato de suministro No. 000936, dentro de los dos (2) años siguientes a su terminación; b) que la liquidación bilateral de dicho contrato se realizó hasta el 10 de septiembre de 2004, cuando habían transcurrido dos años y 7 meses desde la fecha de su terminación, es decir, cuanto tanto las partes contratantes de manera bilateral, como FONADE de manera unilateral habían perdido competencia para liquidarlo; y c) que solamente después de haber suscrito de manera extemporánea la liquidación bilateral del contrato de suministro No. 000936, acudió a la jurisdicción contencioso administrativa para que se le reconocieran los presuntos materiales y trabajos adicionales suministrados durante la ejecución del mencionado contrato de suministro y que presuntamente no fueron reconocidos en el acta de liquidación del 10 de septiembre de 2004, se encuentra que lo procedente es declarar probada la excepción de caducidad de la acción.*

*Por último, el acta de conciliación del 24 de octubre de 2005, realizada ante la Procuraduría Once Judicial Administrativa delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Folios 1-3 del C.2), no tiene la virtud de suspender o adicionar el término de caducidad de la acción, por cuanto como ya se mencionó el 18 de febrero de 2004 venció el término de caducidad de la acción, y un término de caducidad ya vencido no puede suspenderse ni prorrogarse, por no ser aplicable el artículo 21 de la Ley 640 de 2001.*

5. La anterior decisión fue **apelada** a tiempo por la parte demandante (f. 243-255 c. ppl), que sustentó su disentimiento con la sentencia de la siguiente forma:

5.1. Inició por señalar que el contrato de que trata esta controversia no es uno de aquellos regidos por la Ley 80 de 1993, en cuanto se encontraban dentro de la excepción prevista en el artículo 32 de dicha norma, al tratarse de un contrato propio del giro ordinario de los negocios de un establecimiento de crédito estatal.

5.2. A continuación, señaló que el contrato, al no tratarse de un contrato privado con cláusula de caducidad, no estaba sujeto a la normatividad sustantiva de lo contencioso administrativo, según lo dispone el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. De hecho, agregó, el asunto debía ser conocido por la justicia ordinaria, si no fuera por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

5.3. Agregó que el *a quo* aplicó un argumento sofista en su sentencia de primer grado, en cuanto mal puede hablarse de que exista un término para realizar una liquidación de común acuerdo y nunca se pierde competencia para ello, pues tal figura no existe en el derecho privado. Mucho menos puede existir un término para liquidar el contrato de manera unilateral por la administración en un acuerdo de este tipo.

5.4. Prosiguió señalando que en la sentencia apelada se aplicó una sanción por analogía sin norma expresa que autorizara tal actuar, sobre lo que explicó:

*La analogía que pretende aplicar el H. Tribunal es la siguiente: “Si existe un término para demandar la liquidación en sede judicial, vencido dicho término, no sólo no se puede demandar (con lo cual estaría de acuerdo), sino que también impide que se practique la liquidación de común acuerdo. Realmente, Honorables Magistrados, pienso que son dos cosas muy diferentes: Una es poder demandar la liquidación para que no quede sin liquidación ab-infinitum y otra muy distinta es que de común acuerdo, no se pueda practicar la liquidación por no ser posible demandar. Si así fuera, tampoco cabría hablar de revocatoria directa de los actos administrativos en cualquier tiempo, cuando la acción judicial ha caducado, y sabemos bien que sí es posible dicha revocatoria en cualquier tiempo, siempre y cuando no se hubiere notificado la demanda, caso en el cual la Ley sí dispone, de manera expresa, la pérdida de competencia, pero por una razón muy diferente, que es la de que el asunto ya es de conocimiento de otra autoridad.*

5.5. También señaló que el contrato bajo estudio no tiene cláusula de caducidad por tratarse de uno cuyo objeto es el suministro de bienes, por lo cual no se le puede aplicar el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

5.6. Luego se refirió a la liquidación bilateral lograda como un *“acto administrativo bilateral”* y afirmó que el mismo estaba cobijado por la presunción de legalidad.

5.7. Luego, a pesar de fundar su disentimiento en la inaplicabilidad de la Ley 80 de 1993 al caso concreto por ser un contrato de derecho privado, indicó que debía contarse un término de prescripción de 20 años previsto en el artículo 55 de aquella norma.

5.8. Finalmente, adujo que debía tomarse en consideración que de forma subsidiaria se pidió la declaración de un enriquecimiento sin causa de Fonade, acción que, en cuanto es típicamente civil, tiene un término de prescripción de 20 años.

5.9. Durante el término otorgado para alegar de conclusión, las partes actuaron de la siguiente forma:

5.10. La parte demandante (f. 260-261 c. ppl) pidió que se tuvieran como alegatos los argumentos expuestos en primera instancia y en la apelación.

5.11. Fonade reiteró que los elementos y actividades cobradas estaba incluidas en el valor propuesto por el demandante. También solicitó que se confirme la declaratoria de caducidad, en cuanto es claro que las partes no podía revivir un término legal ya iniciado con un acuerdo caprichoso.

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

10. La Sala es competente para decidir el caso por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía[[1]](#footnote-1), tiene vocación de doble instancia.

11. Ahora, es claro que parte de lo que tendrá que discutirse en la presente providencia es lo relativo al régimen aplicable al contrato en discusión, concretamente si se trata de uno regido por la Ley 80 de 1993 o si por el contrario se trata de aquellos que aun siendo celebrado por una entidad estatal debe ser regido por el derecho privado.

12. Sin embargo, en este momento de la decisión resulta útil resaltar que en realidad el régimen jurídico aplicable al contrato resulta irrelevante para el asunto de la competencia de esta Corporación y en general de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dado que la naturaleza de la entidad demandada, Fonade, es pública, en razón a que de acuerdo con el Decreto 288 del 2004 se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero. Por lo tanto, resulta aplicable el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 del 2006, que reza:

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.*

13. En este sentido, cabe recordar que esta Sala ha sido reiterativa al señalar que a partir de la expedición de la aludida Ley 1107 de 2006, la cláusula de competencia contenida en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo fue modificada de manera tal que con ella se introdujo un criterio orgánico por el cual la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se determina por la naturaleza pública de la entidad demandada, y no por el carácter de función administrativa de la actuación objeto del asunto, o el régimen jurídico aplicable o la índole de controversia que plantea el litigio (contractual, extracontractual o de nulidad y restablecimiento del derecho). Se reitera, entonces, que:

*(…)* *la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al ‘juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado’, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga. (…) Con fundamento en las consideraciones precedentes se tiene que al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del C.C.A. y adoptarse sin asomo de duda un criterio orgánico, las normas restantes del Código Contencioso atributivas de competencias, deberán ser interpretadas a la luz de esta modificación. Lo contrario, tornaría nugatoria la importante enmienda introducida (…)[[2]](#footnote-2)*

**II. Hechos probados**

14. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

14.1. El 19 de diciembre del 2000 Fonade y Microcell Colombia Ltda. suscribieron el contrato n.º 000936, cuyo objeto previsto en la cláusula primera era el siguiente (copia auténtica del contrato n.º 000936 del 19 de diciembre del 2000 –f. 163-166 c. 2-):

 *CLÁUSULA PRIMERA – OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete a: SUMINISTRAR UNA PLANTA ELÉCTRICA DE 600 KVA Y UNA SUBESTACIÓN ELÉCTRICA CON DESTINO A LA CENTRAL DE INTELIGENCIA DEL EJÉRCITO NACIONAL CON DESTINO A LA CENTRAL DE INTELIGENCIA DEL EJÉRCITO NACIONAL CON SEDE EN BOGOTÁ (EDIFICIO CAME), de conformidad con los términos de referencia que se adjuntan y hacen parte integrante del presente contrato.*

14.2. La cláusula segunda dispuso el valor del acuerdo en $576 608 850, la tercera indicó la forma en que se pagaría dicho valor y la cuarta puso el plazo de ejecución en 19 semanas después de la aprobación de la póliza de garantía. La liquidación del contrato se previó en la cláusula décimo quinta, en los siguientes términos (copia auténtica del contrato n.º 000936 del 19 de diciembre del 2000 –f. 163-166 c. 2-):

*CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA – LIQUIDACIÓN: El presente contrato se liquidará por parte de FONADE dentro de los dos (2) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato y los pagos realizados a EL CONTRATISTA y los acuerdos a que lleguen las partes sobre la ejecución del contrato. PARÁGRAFO: Los recursos sin ejecutar serán reintegrados a Fonade.*

14.3. El 17 de abril del 2001 se suscribió el contrato adicional n.º 1 en el que se amplió el plazo de ejecución del contrato n.º 000936 hasta el 19 de julio del 2001 (copia auténtica del contrato adicional n.º 1 al n.º 000936 del 2000 –f. 60-61 c. 2-).

14.4. El 19 de julio del 2001 se celebró el contrato adicional n.2 en el que se amplió el plazo de ejecución del contrato n.º 000936 hasta el 17 de octubre del 2001 (copia auténtica del contrato adicional n.º 2 al n.º 000936 del 2000 –f.58-59 c. 2-).

14.5. El 10 de septiembre del 2004 Fonade y Microcell Colombia Ltda. liquidaron de común acuerdo el contrato n.º 000936 del 19 de diciembre del 2000. En el documento se dejó constancia del reconocimiento a favor de Microcell de la suma de $ 33 885 456, mientras que este dejó expresas salvedades al contenido del acuerdo (copia auténtica del acta de liquidación bilateral del contrato n.º 35-38 c. 1).

**III. Problema jurídico**

15. La Sala deberá resolver sobre la configuración o no de la caducidad de la acción judicial para solicitar la declaratoria de incumplimiento por parte de Fonade del contrato n.º 000936 del 19 de diciembre del 2000. Para tal efecto será necesario dilucidar el régimen jurídico aplicable al contrato bajo estudio y con base en esto determinar el momento en el que inició el término con el que se contaba para ejercer la acción.

 **IV. Análisis de la Sala**

**Régimen jurídico aplicable al contrato**

16. La determinación del régimen jurídico del contrato n.º 000936 del 2000 resulta de vital importancia para resolver el asunto de la configuración del fenómeno de la caducidad, ya que, como a bien tuvo señalarlo el recurso de apelación de la parte demandante, la sentencia de primera instancia al asumir la aplicación de las normas de la Ley 80 de 1993 concluyó que el momento en que comenzó al correr el plazo para hacer uso de la acción judicial inició cuando finalizó el tiempo con que de acuerdo con el artículo 60 de esta ley se vencía el plazo para liquidar el contrato de manera unilateral, prerrogativa que no existe en las normas de derecho privado.

17. Encuentra la Sala que le asiste razón al demandante al afirmar que en el presente caso nos encontramos frente a un contrato que se encuentra excluido de la regulación de la Ley 80 de 1993, según se explica a continuación.

18. Ya se ha dicho que de acuerdo con el Decreto 288 del 2004 Fonade es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero. Ahora, por regla general las EICE hacen parte de aquellas entidades estatales sobre las que opera la regulación de la Ley 80 de 1993, por estar incluidas como tal en su artículo 2.

19. Sin embargo, a pesar de su carácter de EICE, en tanto entidad financiera Fonade se encuentra comprendida por la excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que exceptúa del régimen del estatuto de contratación a los contratos que estas celebren como parte del giro ordinario de sus negocios, así:

*Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación*

*(…)*

*Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.*

*En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.*

20. Cabe preguntarse a que se refiere la expresión al “*giro ordinario de sus negocios”* en el caso de Fonade en cuanto se le define como una entidad financiera por el multicitado Decreto 288 del 2004.

21. Para responder esta pregunta, debe señalarse que las corporaciones financieras obedecen a regulación especial que definen su naturaleza y actividades, la cual, entre otras normas, está contenida en el Decreto Ley 663 de 1993, que señaló al respecto:

*Artículo 2º. Establecimientos de Crédito.*

*1. Establecimientos de crédito. Los establecimientos de crédito comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras.*

*Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.*

*(…)*

*3. Corporaciones financieras. Son corporaciones financieras aquellas instituciones que tienen por función principal la captación de recursos a término, a través de depósitos o de instrumentos de deuda a plazo, con el fin de realizar operaciones activas de crédito y efectuar inversiones, con el objeto primordial de fomentar o promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de empresas en los sectores que establezcan las normas que regulan su actividad.*

22. Como puede verse, las corporaciones financieras, de acuerdo con lo definido por el aparte citado, tienen varias actividades autorizadas, como la captación de recursos del público, colocar tales recursos nuevamente en el público, realizar operaciones activas de crédito y efectuar inversiones, lo cual no tiene nada que ver con el suministro de elementos eléctricos, objeto enunciado en la cláusula primera del contrato n.º 000936 del 2000, lo que daría a pensar, en principio, que este no se encuentra en el giro ordinario de sus negocios y en tanto no podría estar cobijado por la excepción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

23. Sin embargo, esto implicaría obviar que a pesar de que Fonade está organizada como entidad financiera, su razón de ser no es la de participar de forma activa en el mercado financiero, sino la financiación de proyectos de desarrollo adelantados por otras entidades públicas. No en vano tiene por objeto principal ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 288 de 2004.

24. También sería soslayar las funciones que la misma norma define en el artículo 3, dentro de las que se encuentran promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo.

25. Esto quiere decir que a pesar de que en un caso como este en el que Fonade celebra un contrato de suministro de unos elementos eléctricos, hace parte del giro ordinario de sus negocios siempre que el objeto esté destinado a un proyecto que se considere como de desarrollo. Esto sí ocurre en el acuerdo estudiado, pues hace parte de un programa nacional de seguridad implementado mediante el convenio 199078, para el cual era necesaria la adquisición de las plantas eléctricas para actividades de vigilancia inteligencia y seguridad, según se dejó expresado en el mismo contrato (f. 169 c. 2).

26. Cabe señalar, que ya en ocasiones anteriores la Sección ha tenido la oportunidad de concluir que los asuntos propios del giro ordinario de los negocios de Fonade como entidad financiera van más allá de los enlistados en el Decreto Ley 663 de 1993, e incluyen las actividades propias de su razón de existir como entidad pública. En tal sentido se reitera[[3]](#footnote-3):

*“Por otra parte, ha de tenerse muy claro que el objeto social de la entidad financiera y por ende su capacidad jurídica no se limita a las operaciones autorizadas descritas en el artículo 7º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993, sino que comprende todas aquellas otras actividades que la entidad debe ejecutar para administrar su estructura organizacional* ***y cumplir con los deberes legales que soportan su existencia y funcionamiento****, como son por ejemplo los contratos de adquisición de bienes y servicios para el funcionamiento de la entidad; los contratos celebrados para administrar tales bienes y servicios; las contrataciones que se realizan por los deberes legales impuestos a la entidad, como por ejemplo la contratación de la defensa judicial, las asesorías y consultorías requeridas para el cumplimiento de tales deberes legales, todas las cuales corresponden a contrataciones cuyo objeto no constituye un servicio financiero, pero hacen parte del objeto social, en cuanto corresponden a actividades requeridas para el normal funcionamiento de la entidad*”

27. Así las cosas, no resta sino concluir que el régimen jurídico de un contrato celebrado por Fonade como el que se estudia, para la época de los hechos[[4]](#footnote-4), no estaba regido por la Ley 80 de 1993, sino por las reglas de derecho privado.

**El término con el que se contaba para presentar la demanda: ¿prescripción o caducidad?**

28. La parte demandante ha afirmado en su apelación que la demanda por incumplimiento de este contrato no estaba regida por las normas previstas en el Código Contencioso Administrativo que hablan de caducidad, sino por la prescripción de 20 años prevista en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993.

29. Este argumento no es de recibo por muchas razones, pero baste con señalar que no parece ser coherente que el demandante indique que el contrato no se regía por el estatuto de contratación y luego cite un aparte de la misma codificación para exigir que se aplique el término de prescripción de 20 años.

30. En tal sentido, es claro que ya estando fuera de toda discusión que el régimen jurídico aplicable no es el de la Ley 80 de 1993 sino el de derecho privado, simplemente no resulta aplicable un término en ella previsto.

31. Ahora, respecto de la aplicación de las normas procesales del Código Contencioso Administrativo, la Sala encuentra que estas sí deben ser usadas en el presente caso, dado que si bien el contrato se encuentra regulado por el derecho privado, ello en nada cambia el hecho de que se trata de un contrato estatal, porque uno de sus extremos es una entidad estatal como Fonade, Empresa Industrial y Comercial del Estado.

32. En este orden de ideas, la vía procedimental expedita para discutir controversias surgidas de su ejecución es la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la cual tiene un término de caducidad de dos años y no de prescripción, según lo señala su artículo 136.

**Momento de inicio de la contabilización del término de caducidad**

33. La sentencia de primera instancia consideró que el término de caducidad inició su contabilización en el momento en que venció el plazo con el que contaba la entidad para liquidar el contrato de forma unilateral, porque así lo prevé el numeral 10, literal d, del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

34. Sin embargo, resulta evidente a estas alturas que ello fue un error, dado que no podía iniciarse la contabilización del término desde un punto que en el caso concreto resulta inexistente, pues es obvio que en cuanto se trató de un contrato de derecho privado, las prerrogativas propias de la administración de la Ley 80 de 1993, como la liquidación unilateral, no eran aplicables.

35. Siendo esto así, queda la duda desde cuándo debe contarse la caducidad en un caso como el actual, en el que se trata de un contrato estatal regido por el derecho privado, en el que se pactó un término para liquidar el contrato.

36. Ahora, la respuesta a este interrogante ya fue dada por la jurisprudencia de la Sección, en la que se ha señalado que esta debe contarse desde el momento en que venció el plazo con el que contaban las partes para hacer dicha liquidación por mutuo acuerdo. Para el efecto, la Sala trae a colación un pronunciamiento en el que se llegó a tal conclusión al estudiar un contrato de derecho privado de Fonade en el que se incluyó exactamente la misma cláusula de liquidación contenida en la n.º 15 del contrato 000936 del 2000, la cual se cita *in extenso* por ser un caso en esencia idéntico, incluso en cuanto en la sentencia de primera instancia que allí se revisó había aplicado erróneamente normas de Ley 80 de 1993 y de liquidación unilateral para el análisis de la caducidad[[5]](#footnote-5):

***2. Caducidad de la acción contractual en el caso del contrato con plazo para su liquidación.***

*El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en su letra d) dispuso acerca del término de caducidad de la acción contractual que se aplica a los contratos estatales sometidos a liquidación:*

*“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;”*

*A partir de la norma citada, tal como fue modificada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en relación con el término de caducidad de la acción contractual, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido reiteradamente que en tratándose de contratos estatales sometidos al procedimiento de liquidación, el término de caducidad de la acción se establece desde la liquidación del contrato.*

*Bien se sabe que la liquidación del contrato estatal procede una vez ocurrida su terminación y que de acuerdo con los dictados del artículo 60 de la Ley 80 de 1993[[6]](#footnote-6) se debía realizar en todos los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo y en los demás que lo requieran.*

*No obstante, en el caso particular, se anticipa desde ahora que el término legal de 4 meses, para liquidar el contrato, establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, no aplicó por tratarse de un contrato que se rigió por el derecho privado, además de que en el contrato sub judice existió un pacto mediante el cual las partes acordaron un término de dos meses para efectos de la referida liquidación, el cual resulta constitutivo de un plazo de origen contractual que se tendrá en cuenta para efectos de establecer la no ocurrencia de la caducidad de la acción.*

*El contrato sub- judice, no era un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993, empero tenía previsto un procedimiento de liquidación de mutuo acuerdo, contenido en la cláusula vigésima, así:*

*“****VIGÉSIMA – LIQUIDACIÓN****: El presente contrato se liquidará por parte de FONADE dentro de los dos (2) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato y los pagos realizados a LA CONTRATISTA y los acuerdos a que lleguen las partes sobre la ejecución del contrato.* ***PARÁGRAFO:*** *Los recursos sin ejecutar serán reintegrados a FONADE.”[[7]](#footnote-7)*

*Así las cosas, se tiene en cuenta que el contrato de No. 2032761 terminó el 15 de junio de 2004[[8]](#footnote-8) y de acuerdo con la cláusula vigésima debía liquidarse entre las partes en el término de dos (2) meses, esto es hasta el 15 de agosto de 2004; aclarando que dicho plazo se deriva de la cláusula contractual y no del término fijado para la liquidación unilateral del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 el cual únicamente tiene aplicación en los contratos estatales[[9]](#footnote-9). Es decir que el plazo contractual para liquidar el contrato venció el 15 de agosto de 2004, fecha a partir de la cual podía formularse la demanda de la acción contractual, dentro del término de dos (2) años, siguiendo las voces del mencionado artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es hasta el 15 de agosto de 2006, habiéndose presentado la demanda en este caso, el 9 de diciembre de 2005.*

*Por lo tanto, no tuvo lugar la caducidad de la acción contractual y en consecuencia, asiste competencia a la Sala para conocer de la presente acción.*

*Sin embargo, teniendo en cuenta que el Tribunal a quo razonó en el sentido de extender el plazo contractual para liquidar el contrato No. 2032761, equiparándolo al plazo de la Ley 80, de cuatro (4) meses[[10]](#footnote-10), la Sala encuentra pertinente precisar que en tratándose de contratos bajo el régimen de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término contractual para liquidar el contrato estatal se aplica en el cómputo de caducidad de la acción contractual, de preferencia al término legal de cuatro (4) meses, amén de que tratándose de contratos que están exceptuados de la Ley 80, no aplicó el plazo de liquidación previsto en el artículo 60.*

*Aunque la caducidad de la acción contractual tampoco ocurrió bajo la fórmula adoptada por el Tribunal a quo, la Sala reitera en esta providencia la jurisprudencia acerca del cómputo del término de caducidad de la acción contractual en tratándose de contratos sometidos a liquidación, construida inicialmente con apoyo en la interpretación sistemática e integradora acerca de los plazos de liquidación contractual y legalmente previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, sustituido por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por manera que el cómputo de caducidad de la acción contractual, empieza a correr a partir del vencimiento del término contractual o legalmente establecido para liquidar el contrato estatal, cuestión que pasa por precisar en esta oportunidad que el plazo contractual para efectos de liquidar el contrato estatal es de aplicación preferente, al plazo legal de 4 meses. Se agrega que esta interpretación jurisprudencial se encuentra consolidada en la actualidad en el procedimiento de lo contencioso administrativo, aplicable para los procesos judiciales iniciados a partir del 2 de julio de 2012, con fundamento en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011[[11]](#footnote-11).*

37. Como se observa, siendo este un contrato en el que se pactaron dos meses para la liquidación, resulta que desde el momento en que se venció ese plazo sin que se llegara a un acuerdo al respecto entre las partes, estas estaban habilitadas para solicitar judicialmente que ello se hiciera, así como para pedir el resarcimiento de perjuicios que se hubieran podido producir como resultado de la ejecución del contrato.

38. En el caso concreto ese momento es dos meses después de la terminación ocurrida el 17 de octubre del 2001, es decir el 17 de diciembre del mismo año, razón por la cual se contaba hasta el 13 de enero del 2004 –el 18 de diciembre del 2003 cayó sábado y durante vacancia judicial- para presentar la demanda, por lo que su radicación el 7 de diciembre del 2005 es claramente extemporánea.

39. No ignora la Sala que en este caso hubo una liquidación por mutuo acuerdo entre las partes el 10 de septiembre del 2004, pero ello sucedió no sólo cuando ya había iniciado el término de caducidad, sino cuando esta ya había quedado configurada.

40. Recuérdese que la caducidad es un fenómeno jurídico en virtud del cual el demandante pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que la ley señala. En la caducidad deben concurrir dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción.

41. Dicho término está edificado sobre el beneficio de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. Es por lo anterior que no puede ser materia de convención antes de que se cumpla, ni puede renunciarse después de transcurrido.

42. La facultad de accionar comienza con el plazo fijado por la ley y nada obsta para que se ejerza desde el primer día, pero fenece definitivamente al terminar el plazo improrrogable, pues opera de pleno derecho dado que contiene plazos, en general, no susceptibles de interrupción ni de suspensión[[12]](#footnote-12).

43. Particularmente, respecto de los casos en los que el término da caducidad ya iniciado respecto de contratos que debían liquidarse, la Sección ha señalado que la ocurrencia de una liquidación por mutuo acuerdo hecha cuando ya había vencido el plazo para efectuarla, no tiene la virtualidad de revivir el plazo para actuar, porque ello implicaría dejar la caducidad sujeta a la voluntad de las partes. Veamos[[13]](#footnote-13):

*La caducidad de la acción como fenómeno jurídico implica la imposibilidad de formular ante la jurisdicción unas determinadas pretensiones habida cuenta de que ha transcurrido el término que perentoriamente ha señalado la ley para ejercitar la correspondiente acción. La seguridad jurídica y la paz social son las razones que fundamentalmente justifican el que el legislador limite desde el punto de vista temporal la posibilidad de aducir ante el juez unas concretas pretensiones y por ello se dice que la caducidad protege intereses de orden general. Los términos para que opere la caducidad están siempre señalados en la ley y las normas que los contienen son de orden público, razones por las cuales son taxativos y las partes no pueden crear término alguno de caducidad. La caducidad opera de pleno derecho, es decir que se estructura con el solo hecho de transcurrir el tiempo prefijado para ello, y por lo tanto el juez puede y debe decretarla aún de oficio cuando aparezca que ella ha operado. La caducidad produce sus efectos frente a todas las personas sin que sea admisible ninguna consideración sobre determinada calidad o condición de alguno de los sujetos que interviene en la relación jurídica o que es titular del interés que se persigue proteger mediante la respectiva acción. Finalmente la caducidad, precisamente por ser de orden público, no puede ser renunciada, no se suspende y no se interrumpe sino en los limitados casos exceptuados en la ley.*

*(…)*

*Una vez que se da el supuesto de hecho que el legislador ha señalado como comienzo del término de caducidad, él indefectiblemente empieza a correr y en ningún caso queda en manos de alguna de las partes la posibilidad de variar el término prefijado en la ley. Por consiguiente si, cuando es menester la liquidación del contrato, hay un plazo legalmente señalado para realizarla, bien sea de común acuerdo o bien sea de manera unilateral, y si la caducidad de la acción contractual empieza a correr a partir de la respectiva liquidación, es conclusión obligada que si el plazo legalmente previsto para realizar la liquidación concluye sin que esta se hubiere hecho, irremediablemente el término de caducidad habrá empezado a correr a partir de la conclusión de este último momento y por ende ninguna incidencia tendrá en el término de caducidad una liquidación posterior. Sostener lo contrario sería tanto como argumentar que el término de caducidad puede quedar al arbitrio de alguna de las partes.*

44. Así las cosas, la Sala confirmara la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar probada la excepción de caducidad de la acción, aunque precisando que se hace por las razones aquí expresadas.

**La caducidad de la acción de enriquecimiento sin causa**

45. La Sala tampoco acogerá los argumentos de la parte apelante según la cual debería estudiarse el enriquecimiento sin causa pedido de forma subsidiaria, en cuanto este no está sujeto a un término de caducidad sino de prescripción, ya que es claro que en el caso resulta aplicable la caducidad y se encuentra que este fenómeno también operó respecto de esta solicitud indemnizatoria también.

46. Debe tenerse en cuenta que es claro para la Sección Tercera del Consejo de Estado, que las pretensiones de enriquecimiento sin causa encuentran su vehículo procesal idóneo en las acción de reparación directa y como tal se cuenta con el término de dos años, contados desde el día siguiente al acaecimiento del hecho u omisión que da lugar al daño por el cual se demanda la indemnización, para intentar el medio de control, período que, una vez vencido, impide solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por haberse configurado el fenómeno jurídico procesal de caducidad de la acción[[14]](#footnote-14).

47. Este término de dos años, en el caso concreto, inicia su contabilización desde el momento cuando se habría configurado la omisión de cancelar los elementos y actividades que se alegan desatendidas, pues en tal circunstancia recae el daño alegado en la demanda. Este instante, por lo tanto, es aquel en el cual debía realizarse el pago de estas presuntas obligaciones a cargo de Fonade, fecha que corresponde al 13 de diciembre del 2001, según se pasa a explicar.

47.1. Téngase en cuenta que el contrato suscrito entre las partes estableció dentro de la cláusula de forma de pago que el valor pactado como contraprestación por las actividades a cargo de Microcell serían pagados así:

*(…) a) un pago anticipado del 50% una vez probada la póliza de seguros. B) un pago del 30% una vez se realice la entrega de los equipos. C) Un pago del 20% restante a la puesta en funcionamiento de los equipos objeto de esta contratación.*

47.2. Esto quiere decir que se debió pagar completamente al contratista por sus labores al momento en que se agotaran sus obligaciones de entrega de equipos e instalación de los mismos, lo cual ocurrió el 13 de diciembre del 2001, según quedó consignado en el acta de recibo a satisfacción suscrita en tal fecha por representantes de la interventoría y Fonade, de acuerdo con el acta de liquidación bilateral (f. 37 c. 1).

48. Esto quiere decir que, así como ocurre con la acción de controversias contractuales, la de enriquecimiento sin causa por el pago de actividades desarrolladas por Microcell fue radicada de forma extemporánea, ya que debió ser interpuesta el 14 diciembre del 2003, es decir, dos años contados a partir del día siguiente a la fecha en que debía pagarse lo debido, según se explicó recién.

49. Así las cosas, se encuentra también caducada la petición subsidiaria relativa al enriquecimiento sin causa, tomando en consideración que, como se ha señalado, la presentación del libelo introductorio del pleito se presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de diciembre del 2005.

**V. Costas**

50. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se condenará en este sentido.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO. Confirmar** la sentencia del 15 de enero del 2009 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

**SEGUNDO.** Sin condena en costas**.**

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**Stella Conto Díaz del Castillo**

**Presidenta de la Sala**

**Aclara voto**

**Danilo Rojas Betancourth**

**Magistrado**

**Ramiro Pazos Guerrero**

**Impedido**

1. En la demanda se estimó la cuantía del proceso, determinada por el valor de los elementos y actividades entregados y desarrolladas de forma adicional a lo pactado en el contrato, en la suma de $513 539 192. Por el momento de la interposición del recurso de apelación -22 de abril del 2008-, se aplican en este punto, los artículos 37 y 40 de la Ley 446 de 1998, que a su vez modificaron los artículos 129 y 132 del Código Contencioso Administrativo que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso de reparación directa sea de doble instancia, debe ser superior a 500 SMMLV, que para la fecha del 7 de diciembre del 2005, cuando se radicó el libelo, correspondían a $190 750 000. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de julio de 2007, expediente n. º 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de octubre de 2013, expediente 30763, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-3)
4. La Sala no ignora que la Ley 1150 del 2007 señaló que por regla general los contratos de Fonade son regidos por la Ley 80 de 1993, pero esta modificación no había sido introducida para el momento de la celebración de este contrato. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero del 2015, expediente 38245, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-5)
6. #  [9] Modificado por los artículos 11 y 32 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto-Ley 019 de 2012.

 [↑](#footnote-ref-6)
7. [10] Folio 33, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-7)
8. [11] Aclaración del plazo de suspensión, obrante al folio 14, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. [12] Esta interpretación no se aparta de la jurisprudencia de la Subsección, en relación con la caducidad de la acción contractual que tiene lugar en el plazo del literal b) del artículo 136 del C.C.A, a partir de la terminación del contrato, para aquellos contratos que se rigen por el derecho privado, en los que no existió acuerdo contractual en la fijación de un término de liquidación:

*“Siguiendo la pauta jurisprudencial que viene de citarse, encuentra la Sala que, en lo que a este aspecto se refiere, le asiste razón a la parte apelante, toda vez que el contrato objeto de estudio no requería de liquidación,* ***habida cuenta que el régimen jurídico aplicable al mismo no le imponía adelantar tal acto contractual y, además, porque las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco lo pactaron****. En ese mismo orden de ideas, es dable concluir que al caso sub judice tampoco le es aplicable el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, utilizado por el a quo para efectos de establecer el término dentro del cual consideró que debía realizarse la liquidación del contrato, además, porque para la fecha en que éste se suscribió - noviembre 23 de 2006 -, la norma no había sido expedida. Establecido lo anterior encuentra la Sala que el cómputo del término de caducidad de la acción contractual* ***en este caso******debe efectuarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal b) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, que dispone que respecto de los contratos que no requieren liquidación, el término es de dos (2) años siguientes a la terminación del contrato por cualquier causa.”* (**La negrilla no es del texto).Consejo de Estado,Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de agosto de 2013, radicación número: 25000232600020090104501, expediente 45191, actor: Consorcio S.O.T., demandado: Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., referencia: acción de controversias contractuales (apelación sentencia). [↑](#footnote-ref-9)
10. [13] La Sala se refiere al error que se aprecia en la siguiente afirmación contenida en la sentencia de primera instancia: *“(…) según la Cláusula Vigésima debía liquidarse de común acuerdo por los contratantes dentro de los dos meses siguientes,* ***término adicionado por la ley 80 de 1993****, en cuatro meses para el mismo efecto.”* (destaca la Sala). Folio 150, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. [14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez radicación 88001231500020010000501, expediente 31755, sentencia de noviembre 13 de 2013, demandante: Ingemat Ltda., demandado Instituto Nacional de Vías, acción contractual. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril del 2008, expediente 16699, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio del 2016, expediente 54067, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ver al respecto también: Sentencia del 30 de enero del 2013, expediente 23136, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, providencia del 29 de enero del 2014, expediente 48477, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-14)