**CADUCIDAD – Contratos – Unificación jurisprudencial**

Sobre el cómputo de la caducidad en contratos que requieren liquidación y ésta se efectúa por fuera del término convencional o legal, hubo discrepancias en la jurisprudencia. Para superarlas, la Sección Tercera de esta Corporación unificó su criterio en relación con la liquidación bilateral en los casos en que ésta “se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del periodo (de 2 meses) en que la administración es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato […]”.

**LIQUIDACIÓN – Naturaleza – Acuerdos – Autonomía**

La liquidación constituye la etapa conclusiva del contrato estatal en la que se efectúa el análisis de los acontecido durante el curso de su ejecución, que incluye la constatación del porcentaje de cumplimiento de las obligaciones, las cifras que relevan la ejecución financiera del mismo (v. gr. Actas, facturas o cuentas, sumas pendientes de pago, valores pendientes por amortizar), la vigencia de las garantías y su extensión y, en general, el devenir técnico, económico y jurídico de tal ejecución.

Como plataforma creada para el cierre definitivo del negocio jurídico, la ley autoriza (art. 60 de la Ley 80 de 1993) a que en dicha etapa se hagan constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas, y se hagan los ajustes, revisiones, actualizaciones o reconocimientos a que haya lugar para mantener la equivalencia de las prestaciones pactadas (art. 27 ib.)

Para ello, el escenario contractual, incluyendo su fase de liquidación, promueve y reconoce bajo el principio de la autonomía de la voluntad que la regulación de los derechos e intereses económicos que emergen del contrato puedan ser determinados de manera definitiva por las partes, al ser las llamadas, en primer lugar, a establecer aquello que están dispuestas a recibir como a asumir, en orden a su declaratoria mutua de paz y salvo. Esta preeminencia se expresa en que la bilateralidad es el primer estadio para la realización de la liquidación del contrato estatal.

Si las partes no llegan a un acuerdo, la ley autoriza a avanzar hacia una liquidación unilateral; en este escenario y de manera subsidiaria, la entidad estatal contratante queda facultada para expedir un acto administrativo en el que define los términos de la liquidación respectiva, sin necesidad de contar con la voluntad o consentimiento del contratista. Y, finalmente, en efecto de las anteriores, emerge la liquidación que se pretende por la vía judicial, allí el juez es el llamado a lograr el finiquito del contrato, y procede ante la ausencia de ejecución de las modalidades de liquidación explicadas, aunque no por una dejación o renuncia injustificada de la Administración para liquidar el contrato, pues bien se ha señalado por esta Sala que los conflictos que se llevan al juez por parte de la base de que, en efecto, media uno de ellos -conflicto – atendiendo a la naturaleza contenciosa del medio de control frente a la liquidación del contrato, lo que excluye dar inicio a procesos meramente declarativos.

**LIQUIDACIÓN – Autonomía de la voluntad − Plazo**

El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, definió el “plazo para la liquidación de los contratos”, estableciendo el marco legal que autoriza el ejercicio, ya sea la autonomía de la voluntad de las partes para efectuar la liquidación, y o ya la competencia para expedir el acto administrativo unilateral respectivo. Señaló que, de no lograrse alguna de estas dos formas de liquidar en los plazos indicativos de 4 a 2 meses, según el caso, “la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A.”.

# CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA**

# SUBSECCIÓN A

**Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

**Radicación:** 25000233600020140093202 (63828)

**Demandante:** Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano **Demandado:** Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE y Otro **Acción:** Controversias contractuales

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia

**TEMAS:** *LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN DE MUTUO ACUERDO –*

*EXTEMPORANEIDAD – Efectos de suscribir el acta bilateral de liquidación luego del vencimiento de los 2 años de que trata el art. 11 de la Ley 1150 de 2007 / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL cuando las salvedades no se efectúan en el plazo legal*

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

El objeto de la controversia en segunda instancia se contrae a determinar si se presentó el desequilibrio económico del contrato alegado por el actor, de conformidad con las circunstancias expresadas en las salvedades incorporadas en el acta de liquidación bilateral suscrita.

1. **SENTENCIA IMPUGNADA**
2. Corresponde a la providencia del 13 de marzo de 20191, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se adoptó la siguiente decisión (se transcribe conforme obra):

*“****PRIMERO****:* ***DECLARAR PROBADAS*** *la excepción (sic) de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Distrito Capital de Bogotá – Secretaría Distrital de Integración Social, por las razones expuestas en la parte motiva.*

***SEGUNDO****:* ***NEGAR*** *las pretensiones de la demanda conforme al análisis realizado en el presente proveído.*

***TERCERO****:* ***CONDENAR EN COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA*** *a la* ***PARTE DEMANDANTE****,*

*incluyendo como agencias en derecho, de (sic) la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes; las cuales deberán ser liquidadas por la Secretaría de la Sección, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso*

***CUARTO****: De no ser apelada la sentencia, una vez ejecutoriada esta providencia* ***ARCHIVAR*** *el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.”*

# Pretensiones

1 Folio 361 al 398 –ambas caras– del cuaderno ppal. de segunda instancia.

1. El 3 de julio de 20142, la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano (en adelante la UT o simplemente el contratista) presentó demanda contra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- y contra la Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá -SDIS-, con el propósito de que se declarara (i) que entre FONADE y la SDIS se suscribió el convenio No. 195052; (ii) que en tal virtud, FONADE contrató los diseños, estudios técnicos y financieros de dos jardines, con la firma Giancarlo Mazzanti y Arquitectos Ltda., entre ellos, el jardín social El Porvenir, en la localidad de Bosa; (iii) que una vez efectuado el proceso de selección, FONADE y la UT Manolo Arteaga - Patricia Zambrano suscribieron, el 22 de mayo de 2008, el contrato de obra civil No. 2081430 para la construcción del citado jardín; (iv) que el 24 de abril de 2012 se firmó el acta de liquidación, y el contratista incluyó salvedades; (v) que se presentó desequilibrio económico del contrato siendo solidariamente responsables las dos entidades demandadas; (vi) como consecuencia de lo anterior, reclamó el pago de los valores y conceptos incluidos como salvedades en el acta de liquidación del contrato, así como los perjuicios materiales y morales derivados de su falta de reconocimiento.

# Hechos relevantes

1. Como supuestos de hecho, la UT adujo haber participado en la convocatoria para la construcción del jardín social El Porvenir, con una propuesta fundada en los estudios y diseños que Fonade contrató con la firma Giancarlo Mazzanti y Arquitectos Ltda., por valor de $1.986.465.142, y 7 meses de plazo de ejecución.
2. Esgrimió la configuración del desequilibrio económico del contrato, pues cada vez que se consultaba a los diseñadores se perdían por lo menos 20 días del plazo contractual, afectando el avance de la obra. Agregó que el objeto no fue realmente la construcción de una edificación, como se planteó en el proceso de selección, sino que terminó siendo el de una *obra de arte compleja*, tal como lo revelan los premios que ganó el jardín social El Porvenir, todo lo cual se hizo a costa del contratista. A su vez, reprocha que tuvo que asumir el pago de la interventoría por el tiempo adicional de construcción, sin que la entidad efectuara reconocimiento alguno.
3. Los cambios permanentes en los diseños consumieron los tiempos del contrato de construcción, incluso llevando a su paralización, situación que también ocurrió frente a las exigencias que hacía la SDIS en torno a la obra; por ello la actora se vio obligada a: (i) emplear tiempo adicional para la construcción; (ii) pagar nómina de interventoría; (iii) asumir costos de suministros por encima de lo proyectado; (iv) aumentar el área de construcción de 1548 m² a 3162 m²; (v) realizar excavaciones por modificaciones del diseño y planos, entre otros aspectos; todo lo cual representa un incumplimiento del contrato.
4. Esta situación les obligó a tramitar préstamos con terceros, por los cuales fueron embargados y amenazados por falta de pago; tampoco pudieron participar en aquellas licitaciones que exigían cupo de endeudamiento.

2 Fl. 1 al 26 del c. ppal. 1

1. De las falencias en los diseños y sus impactos, la UT presentó sendos derechos de petición a FONADE, algunos aceptados, y la mayoría ignorados configurándose el silencio administrativo positivo, según el art. 25 núm. 16 de la Ley 80 de 1993. Todas sus inconformidades fueron incluidas en el acta de liquidación bilateral que suscribió con la entidad, a través de la formulación de las respectivas salvedades.

# Fundamentos de derecho

1. Aseveró que se desconocieron los artículos 1, 2, 5, 25, 46, 48, 49, 53, 366 de la Constitución Política, el Libro Cuarto de los contratos y las obligaciones del Código de Comercio, la Ley 80 de 1993 y normas concordantes.

# Contestación de la demanda

1. La **Secretaría Distrital de Integración Social** se opuso a las pretensiones de la demanda3; indicó que la UT al presentarse al proceso de selección aceptó conocer las características físicas del lugar de ejecución de la obra y sus costos, y conocía que esa Secretaría tenía la calidad de destinatario de la obra y podía hacer recomendaciones o sugerencias, las cuales fueron debidamente avaladas por el interventor. Precisó que por cuenta de los cambios en las condiciones de la obra se suscribieron las respectivas adiciones presupuestales, y si el contratista actuó apartado de los planos y especificaciones debe asumir esos costos no autorizados por la entidad. Señaló que nada se le debe a la UT pues FONADE, conforme al acta de liquidación, en su calidad de contratante pagó los anticipos y las mayores cantidades de las obras reconocidas.
2. Como medios exceptivos, planteó los siguientes: (i) *falta de legitimación en la causa por pasiva* ya que la SDIS no fue parte del contrato demandado; (ii) *Inexistencia de desequilibrio económico y financiero* pues FONADE con aval de la interventoría reconoció las mayores y menores cantidades de obra, así como las obras no previstas en los modificatorios 2 y 4; (iii) *riesgo en materia de contratación* los cuales asumió el contratista; (iv) *indemnidad* porque la UT se obligó a mantener indemne a FONADE de cualquier reclamación; (v) *responsabilidad del contratista* en tanto aceptó conocer la obra y dar cumplimiento a los parámetros técnicos que se fijaran; (vi) *Caducidad* ya que el término para liquidar el contrato venció el 14 de abril de 2012, y el acta de liquidación se firmó el 24 de abril de 2012; (vii) *buena fe contractual;* (viii) *litisconsorcio necesario*, convocando a cada integrante de la UT.
3. **FONADE** se opuso a las pretensiones4; negó la existencia de desequilibrio económico pues pagó las mayores cantidades y las actas parciales de obra, y dio respuesta a las peticiones del contratista. Refirió que fueron los incumplimientos de la UT las que impusieron las modificaciones realizadas, y las que en varias ocasiones llevaron a contemplar la posibilidad de aplicar sanciones pecuniarias; además, el contratista conoció y aceptó conforme a las reglas de selección, que asumiría el pago de la interventoría en caso de ampliarse el plazo por causas que

3 Fls. 51 a 112 del c. ppal. 1.

4 Fl. 119 a 178 del c. ppal. 1.

le fueran imputables. Aceptó que la obra contenía elementos artísticos, pero ello no hizo más compleja su ejecución pues contaba con el acompañamiento del diseñador. Remarcó que el pago acordado fue por precios unitarios, y así fue retribuido.

1. Como medios exceptivos, propuso: (i) *Inadecuación de la acción propuesta* pues el formulado fue el de reparación directa, no el de controversias contractuales; (ii) *pago de las obligaciones a cargo de Fonade; (iii) Inexistencia de desequilibrio económico; (iv) culpa del contratista* porque sus incumplimientos afectaron la ejecución del contrato; *(v) Inaplicación de la escritura 773 de 2014* contentiva de la protocolización del silencio administrativo positivo.

# Alegatos en primera instancia

1. Surtido el debate probatorio 5 , al alegar de conclusión, el actor reiteró los reproches de incumplimiento planteados en la demanda; agregó que según la prueba testimonial, Fonade se excusó en la modalidad de contrato para negar la posibilidad de efectuar los reajustes requeridos.
2. La SDIS6 ratificó los argumentos de su defensa; al paso que Fonade y el Ministerio Público guardaron silencio.

# Fundamentos de la providencia recurrida

1. Al dictar sentencia7 el *a quo* se refirió a su competencia y a la presentación de la demanda en tiempo 8. Respecto de la SDIS declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.
2. Respecto al fondo de la controversia negó las pretensiones indicando que si bien el contratista incurrió en atrasos en la ejecución de las obras por siete meses

–tiempo que el actor atribuyó a la falta de claridad del diseño– lo cierto es que las partes suscribieron instrumentos contractuales contentivos de modificaciones y adiciones presupuestales bajo las cuales se ejecutó y pagó el contrato, sin reproche o salvedad del contratista. Señaló que, en cualquier caso, el actor no logró probar

5 Al reanudar la audiencia inicial, el 13 de septiembre de 2017 (luego de surtirse la apelación frente a la decisión del Tribunal de declarar probada la caducidad del medio de control) el Tribunal decretó las pruebas documentales aportadas con la demanda (227 folios obrantes en el c. 2 de pruebas) y en sus contestaciones (las aportadas por la SDIS en 176 folios y 1 CD visibles en el c. 25 de pruebas).

6 Folios 492 a 508 del cuaderno 3.

7 Folio 361 al 398 –ambas caras– c. ppal. 2

8 Se refirió a los criterios de jurisdicción y competencia, indicando que conforme al art. 104 del CPACA son objeto de esta jurisdicción las controversias originadas, entre otros, en contratos en los que estén involucradas entidades públicas como lo es Fonade, pues se trata de una empresa industrial y comercial del estado. Agregó que durante la vigencia del contrato *sub júdice*, Fonade, por expresa disposición del art. 26 de la Ley 1150 de 2007, estaba regido por las normas de contratación pública, siendo un contrato estatal; además, la otra demandada fue la Secretaría Distrital de Integración Social, confirmando así esta jurisdicción. En relación con la oportunidad para demandar, aludió a los preceptos del literal j) del artículo 164 del CPACA, e indicó que conforme al auto que profirió el Consejo de Estado el 23 de junio de 2017 -que revocó la decisión del Tribunal de hallar configurada la caducidad del medio de control- dicho término debía contarse a partir del día siguiente a la firma el acta de liquidación bilateral, esto es, desde el 24 de abril de 2012 y hasta el 24 de abril de 2014; como el término se suspendió con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial el 21 de abril de 2014, hasta el 3 de julio de 2014 al ser expedida la constancia que la declaró fallida, se concluye que la demanda, instaurada el 3 de julio de 2014, se presentó en oportunidad.

los supuestos sobrecostos ni los perjuicios aducidos, y resaltó que la ruptura del equilibrio económico no surge de cotejar el valor de ciertos ítems, sino que impone realizar un análisis global del contrato para afirmar su materialización.

1. **EL RECURSO INTERPUESTO**

**Síntesis del recurso de apelación:**

1. El actor formuló recurso de alzada9 pidiendo revocar la sentencia apelada. La censura apuntó a la falta de valoración probatoria del Tribunal en los siguientes aspectos principales: (i) inexistencia de algún medio de prueba indicador de la imposición de multas que atribuyeran al contratista los atrasos en la ejecución de la obra; (ii) prueba de la demora en el pago del saldo a la UT –2 años después de haberse generado tal obligación–; (iii) ejecución de una obra de arte y no de una edificación, lo que implicó una construcción compleja que generó perjuicios; (iv) se ignoró la bitácora de obra, así como la relación de cambios y modificaciones a los diseños que, junto a la prueba testimonial, demostraban las falencias en las bases del proyecto y sus afectaciones en el plazo y la entrega final; y, (iv) se pasaron por alto los derechos de petición del contratista en que expresaba sus inconformidades, configurando el silencio administrativo, que fue debidamente protocolizado.
2. A par de lo anterior**,** (v) cuestionó la determinación del *a quo* de declarar configurada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la SDIS, pregonando la solidaridad entre las dos demandadas –esta última como dueña y beneficiaria de la obra–.

# Trámite de segunda instancia

1. En la etapa de alegatos de conclusión, el actor reiteró los argumentos expuestos en curso del proceso y conforme a las razones planteadas en la apelación10. Por su parte, la SDIS11 al igual que Enterritorio 12 (antes Fonade) pidieron confirmar la sentencia apelada.

El Ministerio Público no se pronunció.

1. **CONSIDERACIONES**
2. Al momento de dictar sentencia le corresponde al juez analizar los presupuestos procesales de la acción, que corresponden a aquellos requisitos que autorizan establecer una relación jurídico procesal válida y habilitan al juzgador a emitir un pronunciamiento de fondo; por ello, en su dimensión negativa, la ausencia de tales requisitos impide, por regla general, el inicio o avance de la actuación judicial en orden a resolver el litigio promovido.

9 Folio 408 al 423 c. ppal. 5.

10 Índice 41 de Samai.

11 Índices 15 y 19 de Samai.

12 Índice 41 de Samai.

1. En esta oportunidad, a pesar de ser asuntos pacíficos en el debate, dos de aquellos presupuestos merecen el pronunciamiento de la Sala; el de jurisdicción y el de caducidad del medio de control instaurado. Aspectos preliminares con los que debe iniciar el examen del *sub lite.*

## El objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo según la Ley 1437 de 2011

1. El artículo 104 del CPACA establece que los asuntos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo corresponden a aquellos litigios *“originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos (…)*13”.
2. De esta norma se destacan varios contenidos relevantes; el primero asigna una connotación preponderante al criterio material o de especialidad del asunto, en tanto señala que el objeto de esta jurisdicción gravita en torno a las controversias con origen en cualquier actividad –contractual o extracontractual– sujeta al derecho administrativo*;* de modo que en los casos en que la cuestión litigiosa no se encuentre sometida al derecho de la administración pública, esta jurisdicción carece de atribuciones para fungir como juez natural de la disputa.
3. Al lado de lo anterior, despunta una subregla de asignación soportada en un elemento orgánico, pues no basta que se trate de un asunto subordinado al derecho administrativo sino que en tales conflictos deben estar involucradas entidades públicas o particulares cuando ejerzan función administrativa; de manera que, ya sea de manera conjunta o complementaria, o por aplicación autónoma de este criterio en algunas materias, se ha afirmado que el estatuto procesal de lo contencioso administrativo proclama un *régimen mixto* en materia de jurisdicción, a partir de la conjugación de los criterios material y orgánico que trae la norma14.
4. Seguidamente, el artículo 105 fijó las excepciones a la regla general antes referida, completando los criterios a seguir en materia de jurisdicción:

“***Artículo 105. Excepciones.*** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:*

1. *Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos. (…)”* (se subraya).

13 *“1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*

1. *Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.*
2. *Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.*
3. *Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. (...)”*

14 Sobre el régimen mixto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia 27001233300020130021001 del 17 de junio de 2015.

1. En el caso concreto, Fonade, entidad contratante bajo la presente controversia (hoy denominada ENterritorio15), es una entidad pública que tiene el carácter de institución financiera, lo que implica que por mandato legal los contratos que celebre en desarrollo del giro ordinario de sus negocios están excluidos del conocimiento de esta jurisdicción.
2. La calidad de institución financiera se advierte desde sus orígenes 16 y se evidencia en el Decreto 2168 de 1992 por cuya virtud esta entidad se convirtió en una *“Empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo”;* bajo tal connotación, el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF) en el Capítulo XII, de la Parte X, titulado *“[e]ntidades con regímenes especiales”* incluyó expresamente a dicho fondo.

Luego, mediante el Decreto 288 de 2004 se determinaron sus funciones 17 y se precisó que su *“objeto principal [es] 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”* (art. 2).

1. Por su parte, el artículo 90 de la Ley 45 de 199018 al referirse al concepto de *instituciones financieras* señala que se trata de aquellas sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), lo que explica que, en armonía con el artículo 11 del Decreto 2168 de 1992, Fonade haya quedado sometida al control y vigilancia de dicha Superintendencia, como una

15 Conforme al Decreto 495 del 20 de marzo de 2019. Allí se modificó la estructura de Fonade y se cambió su denominación a la de Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio), conservando su naturaleza jurídica, según el artículo 1° que dispone: ***“****Denominación, Naturaleza y Domicilio. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera, se denominará, en adelante, Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio) y tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá, D. C.”*

16 Creada mediante el Decreto 3068 de 1968, se constituyó un como establecimiento público, adscrito al Departamento Nacional de Planeación que, según el artículo 1°, gozaba de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, y tenía la función de *“financiar total o parcialmente a entidades de Derecho Público o Privado”* los estudios de prefactibilidad y factibilidad técnico económicos, de proyectos o programas específicos en determinados sectores.

17 El artículo 3 del Decreto 288 de 2004, señaló entre las funciones de Fonade, las siguientes:

*“3.1 Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales”.*

* 1. *Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta.*
	2. *Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo.*
	3. *Realizar operaciones de crédito externo o interno con sujeción a las normas legales vigentes.*
	4. *Captar ahorro interno mediante la emisión de bonos, celebrando los contratos garantía y agencia o pago a que hubiere lugar para estos efectos, en las condiciones que autorice el Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Bancaria.*
	5. *Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos. (…)”*

18 *“Artículo 90. Instituciones financieras. Para los efectos de la presente ley se entiende por instituciones financieras las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, a quienes se aplicarán las reglas previstas en los artículos 23, 28, 73, 74 y 75 de esta ley”.*

*institución financiera* de carácter estatal19. Para abundar en razones que explican la connotación de entidad financiera de Fonade, esta Corporación ha indicado lo siguiente:

*“(…) Adicionalmente, el artículo 1.2.1.6.6 del mismo decreto, que subrogó el artículo 77 del Decreto 4327 de 2005, señala que “para los efectos del presente título (se refiere a las funciones de la Superintendencia Financiera) son* ***intermediarios financieros*** *los bancos, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento, las cooperativas financieras, las secciones de ahorro y crédito de las cajas de compensación, las oficinas de representación de entidades financieras del exterior, y las* ***entidades públicas de carácter especial*** *como el Banco de la República, Finagro, Fogacoop, Fogafín,* ***Fonade,*** *Findeter ...” (destaca la Sala), siendo pertinente recordar que los “intermediarios financieros” son una especie o clase de entidad o institución financiera”. 20* (se resalta).

1. Ahora, en los términos del citado artículo 105 del CPACA, no basta pertenecer a la categoría de entidad o institución financiera (criterio orgánico), sino que la *exclusión de jurisdicción* opera frente a las controversias que tengan origen en el *giro ordinario* de sus negocios. Este concepto está referido a aquellas actividades para las cuales la entidad o empresa ha sido habilitada conforme a sus respectivos actos de creación, con el fin de gestionar y promover el desarrollo habitual de su objeto social21.
2. Esta Colegiatura ha tenido oportunidad de pronunciarse indicando que el giro ordinario de los negocios corresponde a un concepto jurídico indeterminado que podría dar lugar a múltiples interpretaciones, como eventos deban ser analizados. Señaló que esta noción abarca dos categorías de asuntos, una relacionada con las actividades realizadas en cumplimiento del objeto social o funciones principales definidas expresamente en la ley, y otra que comprende todos los actos y contratos que se requieran para el desarrollo de las primeras, en una relación de medio a fin22.

19 El artículo 2° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuando describe las clases de establecimientos de crédito, reconoce la existencia de otras *“instituciones financieras reguladas por normas especiales”* -distintas a las enlistadas en su artículo 1°- y, bajo este anuncio, destinó sendos capítulos referidos a entidades con regímenes especiales, entre ellas Fonade (art. 286).

20 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2135 del 9 de abril de 2013, Ibidem.

21 En relación con el concepto del *giro ordinario de los negocios*, la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en sendas oportunidades, como en el oficio 220-016468 del 15 de marzo de 2012, del que se destaca: *“(…) Si bien el llamado giro ordinario de los negocios se encuentra determinado por las actividades que constituyen el objeto social, resultan oportunas algunas precisiones conceptuales en torno al empleo constante en la práctica mercantil de la referida expresión "giro ordinario de los negocios". Partiendo de las anteriores consideraciones en cuanto al tema del objeto social, se concluye que éste alude a las actividades que desarrolla o se propone realizar el ente social, al paso que solamente quedan cobijadas por "giro ordinario" aquellas actividades que en forma habitual u ordinaria, ejecuta la sociedad.*

*Advierte el profesor GAVIRIA GUTIÉRREZ (Lecciones de Derecho Comercial, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1987, Pág. 251) que "el objeto social tiene un significado de mayor amplitud que el giro ordinario, pues aquel comprende cuanto acto sea necesario o conveniente para realizar el fin social propuesto, ya sea de simple gestión ordinaria, como la compra de materias primas y la venta de productos elaborados, ya de gestión extraordinaria, como un traslado de las instalaciones industriales, un despido masivo, un cambio de marcas y demás signos distintivos", de lo cual puede deducirse una relación de género a especie entre ambos conceptos, siendo el giro ordinario una especie que se enmarca al interior del genérico objeto social. Así las cosas, debe entenderse que el objeto social está circunscrito tanto al giro ordinario como a aquellas actividades que se adelantan de manera extraordinaria o esporádica, de manera que la realización de cualquier operación que no esté allí comprendida será catalogada como extralimitación o desbordamiento del objeto social, independientemente de que los estatutos sociales limitan o restrinjan las facultades de quien represente legalmente la sociedad, en los términos del artículo 196 del Código de Comercio”*

22 *“[E]l giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte en el objeto de la sociedad. Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” (…), hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la Ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para*

1. En el marco de lo dicho, el elemento central para la determinación de este concepto jurídico, remite al objeto social –cuando se trata de empresas públicas o privadas constituidas bajo alguno de los tipos societarios definidos en la ley– pero también se refiere, *mutatis mutandis,* al objeto y funciones expresamente definidas en los actos de creación de entidades públicas que, por su naturaleza, se orientan al desarrollo de actividades industriales y comerciales, y a sus actos conexos o necesarios.
2. Así las cosas, es razonable que el concepto de *“giro ordinario de los negocios”* sea compatible con el objeto y funciones de las empresas industriales y comerciales del estado –EICE– de carácter financiero, como lo es Fonade, dado que para el desarrollo de su ejercicio comercial ha sido autorizada para actuar en el mismo escenario de los particulares, de manera que al incursionar en el mercado como un partícipe más, el desarrollo de su gestión está atado al giro ordinario de tales negocios en iguales términos en los que desarrolla su objeto social una empresa privada.
3. Frente a las actividades conexas o complementarias al objeto social, existe plena compatibilidad respecto de los actos y contratos que puede desarrollar una EICE bajo el giro común de sus actividades, pues al tenor de lo normado en el artículo 86 de la Ley 489 de 1998, dispuso el legislador que además de las actividades y actos que pueden ejecutar según la ley, las normas de creación y sus estatutos internos, las empresas industriales y comerciales del estado están facultadas para *“desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado”*23*,* previsión que ratifica la aplicación equivalente del *giro ordinario de los negocios* a las EICE, en sus dos categorías de actuación – objeto principal y actividades conexas–.
4. Puntualizando en tales actividades, esta Corporación se ha pronunciado en distintas oportunidades, entre ellas en providencia del 17 de junio de 201524, en la que se afirmó lo siguiente:

*“Ahora, en cuanto al giro ordinario de las actividades propias de las entidades financieras, esta Corporación también tuvo la oportunidad de pronunciarse en el sentido de reiterar que estas hacen relación i) tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento al objeto social, o de las funciones principales expresamente definidas en la ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-,*

*ii) como a todas aquellas actividades o negocios que son conexas con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal”.*

1. Entonces, cuando el numeral 1º del artículo 105 del CPACA dispuso que no serán del conocimiento de esta jurisdicción las *“controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas*

*desarrollar la función principal (…)”* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de octubre de 2011, Exp. n.º 25000232600019950155501, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

23*“ARTICULO 86. AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA. La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que las rigen; en el cumplimiento de sus actividades, se ceñirán a la ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos; además de las actividades o actos allí previstos, podrán desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado”.*

24 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Auto del 17 de junio de 2015, Exp. n.º 270012333000201300210 01 (50526) C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

*que tengan el carácter de instituciones financieras (…) cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades”,* no limitó esta exclusión a las actividades financieras que hagan parte del objeto de la entidad, sino que basta que se trate de (i) una institución financiera, y (ii) que la actuación cuestionada corresponda al giro ordinario de sus negocios, en la que, como ya se anotó, se incluyen todas las actividades propias de su objeto y de sus funciones, así como aquellas conexas al mismo25.

1. Este marco conceptual, permite señalar que bajo las previsiones que incorporó la Ley 1437 de 2011 (arts. 104 y 105), los negocios de Fonade catalogados como parte de su giro ordinario, corresponden a aquellos que se inscriben en el alcance de su objeto social, e incluyen tanto las funciones asignadas para el desarrollo del mismo -artículos 2° y 3° del Decreto 288 de 2004- como las operaciones inherentes a su actividad financiera, según el ámbito legal respectivo. De modo que en estos eventos, como acontece en el *sub lite*, en relación con la función de *“Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos”,* prevista en el numeral 3*.*6 del artículo tercero del citado Decreto 288, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no le corresponde la solución del conflicto.
2. Entonces, al ser calificada como una empresa industrial y comercial del Estado *“de carácter financiero”*, Fonade se inscribe en el elenco de las denominadas “*entidades financieras”* o *“instituciones financieras”*26 y su contratación, en hipótesis como la del *sub examine,* conduciría a que en vigencia del artículo 105 del CPACA sus controversias escapen al ámbito de esta jurisdicción; siendo ésta la forma de entender armónica y sistemáticamente las dos normas analizadas, como de manera pacífica ha sido acogido por la Corte Constitucional al analizar la cláusula general de competencia del art. 104 del CPACA y la excepción contenida en el numeral 1 del art. 105 ídem relativa a las entidades estatales que ostentan la calidad de instituciones financieras27.
3. Con todo, y en atención a decisiones precedentes en que se ha adoptado el criterio antes referido, la Sala no pasa desapercibido que este caso contiene un especial matiz que reconduce la controversia al conocimiento de esta jurisdicción,

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Auto del 3 de marzo de 2021, Exp. n.º 25000233600020120066001 (51373) C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

26 Se trata de conceptos que hacen referencia a una definición y alcance equivalente, siendo expresiones que en la órbita legal se utilizan indistintamente para referirse a la misma categoría jurídica. La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto 2135 del 9 de abril de 2013 precisó: *“En primer lugar, la revisión de la legislación vigente en materia financiera, en especial el estatuto orgánico del sistema financiero, el Decreto 2555 de 2010 y algunas resoluciones y circulares expedidas por la extinta Superintendencia Bancaria y la actual Superintendencia Financiera de Colombia, evidencia que no existe una distinción, a nivel normativo, entre las expresiones “entidad financiera” e “institución financiera”, dado que dichos términos son utilizados indistintamente para denominar a la misma clase de personas jurídicas, públicas o privadas, autorizadas legalmente para realizar actividades financieras, aseguradoras y otras que implican el manejo, inversión y aprovechamiento de recursos captados del público, motivos por los cuales entiende la Sala que se trata de locuciones sinónimas (…)”*

27 Los análisis que ha ofrecido esta Subsección en la materia han sido acogidos por la Corte Constitucional al desatar los conflictos de competencia entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria tratándose de controversias generadas en contratos celebrados con una entidad estatal de carácter financiero dentro del giro ordinario de sus negocios, para afianzar el entendimiento de la cláusula general de competencia del art. 104 del CPACA y la excepción contenida en el numeral 1 del art. 105 ídem. Ver, entre otros, Auto 948 del 25 de mayo de 2023 M.P. Diana Fajardo Rivera. Así también se puede consultar el Auto 867 del 27 de octubre de 2021 M.P. Alberto Rojas Ríos, referido a Fonade.

puesto que, a diferencia de otros pronunciamientos en los que se ha aplicado la regla de exclusión de esta jurisdicción a litigios surgidos en contratos celebrados con dicho Fondo, tal pauta no opera en este asunto, por lo que se impone marcar esta distinción para evitar confusiones interpretativas o equívocos por inexistentes contraposiciones jurisprudenciales en torno a las disposiciones procesales analizadas.

1. Puntualmente, hay que indicar que para el momento en que fue suscrito el contrato de obra objeto de este examen, el 22 de mayo de 2008, el legislador tenía dispuesto que los contratos celebrados por Fonade estaban sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo que permite entender que durante el tiempo en que ello fue así, Fonade ejercía función administrativa a través de la gestión contractual que desarrollaba y, en tal virtud, podía acudir al ejercicio de los poderes y prerrogativas que dicho estatuto confiere a las entidades contratantes, entre ellos expedir actos administrativos y acudir a figuras propias de este instrumento legal -como la obligada etapa de liquidación en determinados contratos y plazos, el silencio administrativo, la unilateralidad autorizada de ciertas facultades a entidades públicas contratantes, el reconocimiento de figuras como el desequilibrio económico del contrato y la carga para el contratista de avanzar en su ejecución aun en presencia de situaciones que llevan a su ruptura, por citar algunos de ellos.

Basta señalar la línea de tiempo en que, por mandato legal, osciló la actividad contractual de Fonade, de régimen de derecho público a privado y sus matices, para corroborar este aserto.

1. Según el parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 199328, mientras estuvo vigente, las entidades financieras de carácter estatal, entre otras mencionadas, no estaban sujetas a las disposiciones de dicho estatuto cuando la contratación correspondiera al giro ordinario de las actividades propias de su objeto. Esta norma estuvo vigente por más de 13 años, cuando fue modificada por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que dispuso:

*“Parágrafo 1o. 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”.*

1. Con esta visión, el legislador amplió la regla de exclusión del régimen público de contratación respecto a las entidades financieras estatales, y estableció que toda su actividad contractual estaría sujeta al régimen de derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la función administrativa y de gestión fiscal de

28 *“PARÁGRAFO 1o. 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”*

que tratan los artículos 209 y 267 de la Carta Política, y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

No obstante, esta pauta no cobijó la actividad contractual de Fonade pues, más adelante, en el artículo 26 de la misma normatividad, señaló expresamente que este fondo quedaba sometido a la Ley 80 de 1993, al disponer:

*“Artículo 26. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.*

1. El régimen de la actividad contractual de Fonade varió según la norma vigente, de la siguiente manera:

|  |  |
| --- | --- |
| **Ley 80 de 1993** | **Ley 1150 de 2007** |
| Exceptuó de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública solamente los contratos que dichas entidades celebraran en el *“giro ordinario de las actividades propias de su objeto”.* (Parágrafo 1°, Art. 32).Los demás contratos, es decir, aquellos que no correspondían al giro ordinario de su objeto social, quedaban sometidos a la Ley 80de 1993. | Excluyó de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública la totalidad de los contratos celebrados por esas instituciones. (Art. 15)Sin embargo, sujetó la contratación de Fonade al régimen de derecho público (Art. 26). |

1. Pasados varios años, la sujeción de la actividad contractual de Fonade al régimen de la Ley 80 de 1993 cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011, que en su artículo 276 dispuso la derogatoria del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007; fue entonces, a partir de ese momento, que Fonade quedó excluida de la aplicación del régimen público de contratación, quedando sometida a las previsiones del artículo 15 de la Ley 1150, que se mantuvo vigente.
2. Así, en aplicación de la regla general establecida en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 que dispone que en *“todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, para el momento en que se celebró el contrato de obra No. 2081430, 22 de mayo de 2008, estaba vigente el artículo 26 de la Ley 1150 de 200729, por lo que Fonade ejercía función y potestades administrativas en la gestión contractual que desarrollaba.
3. Al armonizar las anteriores pautas legales con las reglas de jurisdicción previstas en el art. 104 y 105 del CPACA (estatuto vigente para el momento de presentación de la demanda, que ocurrió el 3 de julio de 2014) la Sala puntualiza que, aquellas controversias originadas en contratos celebrados por Fonade en vigencia del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 -esto es, a partir del 16 de enero de 2008-, y hasta

29 Conforme al artículo 33 de la Ley 1150 de 2007, esta normativa empezó a regir 6 meses después de su promulgación, lo que ocurrió el 16 de julio de 2007 -salvo el art. 6 que entraría en vigencia en fecha posterior- así que desde del 16 de enero de 2008 el régimen de contratación de Fonade fue el indicado en el artículo 26.

la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 -el 16 de junio de 2011 30 - corresponden al conocimiento de esta jurisdicción, conforme a la premisa inaugural del citado art. 104 que impone a ésta conocer sobre los contratos *sujetos al derecho administrativo,* como el que es objeto de este debate.

Pasados varios años, la sujeción de la actividad contractual de Fonade al régimen de la Ley 80 de 1993 cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011, que en su artículo 276 dispuso la derogatoria del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007; fue entonces, a partir de ese momento, Fonade quedó excluida de la aplicación del régimen público de contratación, quedando sujeta a la regla del artículo 15 de la Ley 1150 que se mantuvo vigente.

1. La conclusión antes referida permite a la Sala ratificar que la regla compuesta en que descansa la exclusión de algunos asuntos que, en principio, serían del resorte de esta jurisdicción (art. 105 del CPACA), si bien confirman la calidad de Fonade como *institución financiera,* no se cumple respecto al giro ordinario de los negocios para la época de celebración del contrato, pues más allá del tipo de actividad que desarrolla este Fondo -que es compatible con las que pueden adelantar los particulares en este ámbito-, dicho concepto se trastorna al incorporar en el contexto del contrato y de sus actos la presencia de una actividad sujeta al derecho administrativo, escapando por esta razón de la noción del *giro ordinario* de los negocios.
2. En estos casos, en consecuencia, al no configurarse los elementos que autorizan la exclusión de jurisdicción del art. 105 citado, se impone aplicar las pautas establecidas como regla general en el art. 104 ibidem, al tratarse de litigios originados en contratos sujetos al derecho administrativo, en los que están involucradas entidades públicas y conforme a la hipótesis del numeral 2 ib. que asigna al conocimiento de esta jurisdicción los conflictos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.*
3. Si bien el *a quo* halló cumplido el presupuesto de jurisdicción en el *sub lite*, posición que se comparte, la Sala añade las anteriores pautas de interpretación en orden a distinguir la aplicación, en unos casos y en otros no, de las reglas de excepción que trae el art. 105 citado.

## Oportunidad para demandar

1. La figura de la caducidad ha sido instituida por el legislador como la consecuencia que se presenta cuando se exceden los plazos para acudir a la jurisdicción, de manera que, una vez ha transcurrido el límite temporal dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, la caducidad se revela como medio extintivo del mismo.

30 De acuerdo con el artículo 276 esta ley entró a regir en la fecha de su publicación; ésta fue realizada en el Diario Oficial No. 48.102 el 16 de junio de 2011.

1. Este fenómeno jurídico, es de orden público y se caracteriza por ser indisponible e irrenunciable, es decir, cuando el juez encuentre probados los supuestos fácticos que conducen a su configuración, debe declararla de oficio y sin considerar la voluntad, aquiescencia o pedido de las partes31, ni la etapa o instancia en que avanza el proceso. Además, por su naturaleza objetiva (dado que opera por el solo transcurso del tiempo) se explica que su término sea perentorio y preclusivo, pues corre sin prórrogas32 y sin interrupciones, y sólo se suspende con la presentación de solicitud de conciliación extrajudicial, de conformidad con lo prescrito en la Ley 640 de 2001.
2. En el presente asunto, la configuración del fenómeno de la caducidad fue una excepción planteada por la SDIS al señalar que el término para demandar había vencido el 14 de abril de 2012, cuando vencieron los dos años para llevar a cabo la liquidación del contrato. Como para el momento de suscribirse al acta de liquidación bilateral, el 24 de abril de 2012, esta oportunidad ya había fenecido, no era posible que con tal acuerdo se reviviera el término de caducidad.
3. En la audiencia inicial33 el Tribunal declaró probada dicha excepción, indicando que la demanda debió presentarse a más tardar el 21 de abril de 2012, puesto que:

(i) el 15 de octubre de 2009 fue la fecha de terminación y entrega de la obra; (ii) los cuatro meses para liquidar bilateralmente el contrato corrieron hasta el 16 de febrero de 2010; y, (iii) los dos meses para efectuar la liquidación unilateral vencieron el 17 de abril de 2010. Indicó que a partir del día siguiente contaron los 2 años para que la unión temporal presentara la demanda, término que venció el 18 de abril de 2012, pero indicó que como tal fecha coincidió con un día feriado (viernes santo) el plazo se extendió hasta el 21 de abril siguiente. Dado que la demanda se presentó el 3 de julio de 2014 resultó extemporánea. Esta decisión fue apelada por el actor.

1. El Consejo de Estado34, revocó tal determinación e indicó que el cómputo no iniciaba el 17 de abril de 2010, pues al ser un contrato que debía ser liquidado, el término de caducidad debía computarse desde el día siguiente a la firma del acta de liquidación bilateral, esto es, a partir del 24 de abril de 2012, pues cuando el contrato es de aquellos que requieran de liquidación y ésta se realiza, aplica el supuesto contenido en el numeral (iii), literal j, del núm. segundo del artículo 164 del CPACA, disposición *“que no impone carga alguna al demandante más que interponer la acción correspondiente dentro de los 2 años siguientes a la suscripción del acta de liquidación sin importar el momento en que ésta se dé”.*

Afirmó que dicho supuesto normativo regula el cómputo de caducidad para los casos en que se suscribe de común acuerdo el acta de liquidación, por lo que debía aplicarse sin efectuar cálculos adicionales como los hechos por el *a quo, “pues de*

31 Sobre su declaratoria “*resulta claro que es apenas una facultad de la parte demandada la de proponer desde un primer momento, o sea, dentro del término de traslado de la demanda, esas excepciones; pero si no lo hace, no significa que precluyen ya que las de caducidad, transacción y cosa juzgada podrá reconocerlas el juez, aun de oficio, en el momento de dictar sentencia*” -se subraya- LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “*Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”*, Dupré Editores, Tomo I, Décima Edición, Bogotá, 2009, pág. 566.

32 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2.006 (expediente 15.323).

33 Fls. 212 y 213 del c. 2 ppal.

34 Fls. 232 al 240 del c. 2 ppal. -en auto del 23 de junio de 2017-.

*un lado la norma no lo prevé así y, de otro, ello ya deberá ser materia de debate dentro del fondo del presente asunto”.*

1. Sobre el cómputo de la caducidad en contratos que requieren liquidación y ésta se efectúa por fuera del término convencional o legal, hubo discrepancias en la jurisprudencia. Para superarlas, la Sección Tercera de esta Corporación unificó su criterio en relación con la liquidación bilateral en los casos en que ésta “*se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del período (de 2 meses) en que la administración es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato …*”35.
2. Bajo esta regla, no se estableció una pauta aplicable al *sub lite*, al punto que se excluyó como hipótesis, al puntualizar, que *“[e]scapa a esta unificación, la definición del término de caducidad cuando la liquidación del contrato se produce por fuera, no solo de los términos fijados para la liquidación por las partes de mutuo acuerdo, sino de los establecidos para la expedición del acto de liquidación unilateral, e incluso luego de los dos años siguientes a la terminación de este último, por cuanto los supuestos del caso sub-lite no dan lugar a ello”.*

Con estas precisiones, la Sala debe constatar si la demanda fue o no instaurada en oportunidad.

# Naturaleza de la liquidación y cómputo de la caducidad en el caso concreto

1. La liquidación constituye la etapa conclusiva del contrato estatal en la que se efectúa el análisis de lo acontecido durante el curso de su ejecución, que incluye la constatación del porcentaje de cumplimiento de las obligaciones, las cifras que revelan la ejecución financiera del mismo (*v. gr.* actas, facturas o cuentas, sumas pendientes de pago, valores por amortizar), la vigencia de las garantías y su extensión y, en general, el devenir técnico, económico y jurídico de tal ejecución.
2. Como plataforma creada para el cierre definitivo del negocio jurídico, la ley autoriza (art. 60 de la Ley 80 de 1993) a que en dicha etapa se hagan constar los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas, y se hagan los ajustes, revisiones, actualizaciones o reconocimientos a que haya lugar para mantener la equivalencia de las prestaciones pactadas (art. 27 ib.).
3. Por ello, el escenario contractual, incluyendo su fase de liquidación, promueve y reconoce bajo el principio de la autonomía de la voluntad que la regulación de los derechos e intereses económicos que emergen del contrato puedan ser

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 1 de agosto de 2019, radicación 05001-23-33-000-2018-00342-01(62009).

determinados de manera definitiva por las partes, al ser las llamadas, en primer lugar, a establecer aquello que están dispuestas tanto a recibir como a asumir, en orden a su declaratoria mutua de paz y salvo. Esta preeminencia se expresa en que la bilateralidad es el primer estadio para la realización de la liquidación del contrato estatal.

1. Si las partes no llegan a un acuerdo, la ley autoriza a avanzar hacia una liquidación unilateral; en este escenario y de manera subsidiaria, la entidad estatal contratante queda facultada para expedir un acto administrativo en el que define los términos de la liquidación respectiva, sin necesidad de contar con la voluntad o consentimiento del contratista. Y, finalmente, en defecto de las anteriores, emerge la liquidación que se pretende por vía judicial, allí el juez es el llamado a lograr el finiquito del contrato, y procede ante la ausencia de ejecución de las modalidades de liquidación explicadas, aunque no por una dejación o renuncia injustificada de la Administración para liquidar el contrato, pues bien se ha señalado por esta Sala, que los conflictos que se llevan al juez parten de la base de que, en efecto, media uno de ellos -conflicto- atendiendo la naturaleza contenciosa del medio de control frente a la liquidación del contrato, lo que excluye dar inicio a procesos meramente declarativos.
2. El artículo 11 de la Ley 1150 de 200736 definió el *“plazo para la liquidación de los contratos”,* estableciendo el marco legal que autoriza el ejercicio, ya sea la autonomía de la voluntad de las partes para efectuar la liquidación, o ya la competencia para expedir el acto administrativo unilateral respectivo. Señaló que, de no lograrse alguna de estas dos formas de liquidar en los plazos indicativos de 4 y 2 meses, según el caso, *“la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo* ***dentro*** *de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.”* (inciso tercero) (se resalta).
3. A su vez, el inciso final de esta disposición, al señalar que los *“contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo (…)”,* lo que hizo fue establecer que éstas, las salvedades, como parte integrante del acta bilateral de liquidación, también estaban sujetas al término máximo de dos años definido en el inciso 3 del citado artículo para ser manifestadas, conforme al vínculo inescindible del acto liquidatorio de común acuerdo y la manifestación de voluntad que lo origina.

36 *“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

*En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo* [*136*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo_pr003.html#136) *del*

*C. C. A..*

*Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo* [*136*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo_pr003.html#136) *del C. C. A.*

*Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.*

1. En contra de la anterior circunstancia, la Sala advierte lo siguiente:

En la cláusula *vigésima quinta* del contrato de obra civil No. 2081430, las partes acordaron que la liquidación se llevaría a cabo dentro de los 4 meses siguientes al vencimiento del plazo contractual. El contrato se ejecutaría en 7 meses contados a partir del acta de inicio, la cual fue suscrita el 1 de julio de 2008, por lo que su vencimiento ocurriría el 1 de febrero de 2009; sin embargo, luego de sendas prórrogas, la última de ellas suscrita el 30 de septiembre de 2009, se acordó extender el plazo contractual hasta el 15 de octubre de 2009.

1. De esta forma, los cuatro meses para liquidar el contrato bilateralmente corrieron hasta el 16 de febrero de 2010, y los dos meses para efectuar la liquidación unilateral transcurrieron entre el 17 de febrero y el 17 de abril de 2010. A partir del día siguiente empezó a correr el término de caducidad de 2 años, dentro del cual las partes aún podían liquidar de común acuerdo el contrato y el contratista ejercer su derecho a dejar salvedades.
2. Los dos años corrieron entre el 18 de abril de 2010 y el 18 de abril de 2012 -sin que este día correspondiera a un festivo con ocasión del viernes santo, como indicó el *a quo* en su análisis primigenio37- de manera que, como el acta de liquidación bilateral fue suscrita el 24 de abril de 2012, las partes excedieron el plazo autorizado para su realización, lo que evidencia que las salvedades no se efectuaron en oportunidad; razón por la cual se declarará la caducidad del medio de control respecto de éstas, dado que corresponden fielmente al objeto del litigio formulado en la demanda. Se precisa que, en este punto, la Sala no cuestiona la validez o invalidez del acta bilateral acordada entre las partes, pues tal aspecto no hace parte de la controversia ni entiende pertenecerle a ella, de lo que se trata es de indicar que un asunto como el de la reclamación de las salvedades no puede ser traído a los estrados judiciales cuando éstas se formulan por fuera del tiempo que fijó el legislador para ello, como atrás se explicó.
3. Se agrega que ninguna incidencia tiene la presentación de la conciliación extrajudicial el 21 de abril de 2012, pues para ese momento ya se había vencido la oportunidad para elevar salvedades que pudieran proyectarse en las bases de esta controversia judicial. Así, y comoquiera que la demanda se presentó el 3 de julio de 2014, es evidente que en el *sub lite* operó el fenómeno de la caducidad.
4. Finalmente, hay que señalar que la decisión adoptada por esta Corporación mediante auto del 23 de junio de 2017 que revocó la decisión del *a quo* de haber hallado configurada la excepción de caducidad, no impide a esta Sala efectuar el análisis de este presupuesto, no sólo por corresponder a un requisito que debe ser verificado por el juez en orden a la habilitación que requiere para decidir de fondo la controversia*38*, sin importar la instancia por la que transite el debate, sino que, en

37 En el año 2012, el viernes santo tuvo lugar el 6 de abril; fue en el año 2014 que dicha festividad correspondió al 18 de abril -como equivocadamente fue tomado por el Tribunal en primera instancia-.

38 Esta Subsección, en sentencia del 15 de julio de 2022 indicó que al *“momento de dictar sentencia le corresponde al juez analizar los presupuestos procesales de la acción, entre ellos, la caducidad, aspecto que no puede ni debe entenderse saneado o clausurado por virtud de las omisiones que se hubiesen presentado en*

este caso, en el mismo proveído del 23 de junio de 2017 la Sección Tercera de esta Corporación señaló que, en aquel momento inaugural, *“no era necesario realizar cómputos adicionales para ver si ella se presentó de conformidad con los plazos previstos pues …* ***ello ya deberá ser materia de debate dentro del fondo del presente asunto”*** (Resalta la Sala).

1. Así que, como la caducidad es una institución de orden público, por tanto indisponible e irrenunciable, el hecho de que en las etapas iniciales del proceso (admisión o audiencia inicial) se considere cumplido ese presupuesto, no significa que posteriormente, si se advierte una realidad diferente, el juez quede inhibido de cumplir con su obligación de declarar la ocurrencia de ese fenómeno procesal, incluso, de oficio, como ocurre en este caso.

# Costas

1. En los términos del artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas previstas en el Código General del Proceso, normativa que establece, en su artículo 365, numeral 4, que se condenará en costas por ambas instancias a la parte vencida “*cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior*”.

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

1. En este orden de ideas, se fijan las agencias en derecho a cargo de la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano y a favor de las demandadas, de conformidad con las previsiones del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, por segunda instancia, en el valor correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a favor de cada una de las demandadas, quienes actuaron a través de apoderado en el presente trámite.

# III. PARTE RESOLUTIVA

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

**RESUELVE**

**PRIMERO. - REVOCAR** la sentencia del 13 de marzo de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, de conformidad con las razones esgrimidas en esta providencia.

*el transcurso del proceso, como lo consagra el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A)”.* Exp. 25000-23-36-000-2013-01229-01(56.855).

**SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de caducidad del medio de control instaurado.

**TERCERO: CONDENAR** en costas por esta instancia a la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano, a pagar a cada una de las demandadas la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de ejecutoria de esta sentencia, los cuales serán asumidos por cada uno de sus integrantes en proporción a su participación en la referida Unión Temporal.

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

# MARÍA ADRIANA MARÍN JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

**Aclaración de voto**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE39

# NICOLÁS YEPES CORRALES (E)

**VF**

39 Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.