



MEMORANDO

Bogotá D.C., 14 de Noviembre de 2018

Para:

JOHANNA PATRICIA GONZALEZ OCANDO
SUBDIRECTOR TECNICO (E)
SUBDIRECCION DE CONTRATOS

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Alcance concepto jurídico ausencia de cláusulas de liquidación en convenios regidos por el derecho privado.

En atención a las comunicaciones radicadas M- 2018-2100-006341 de fecha 10 de octubre de 2018 y M-2018-2103-006598 de 23 de octubre de 2018, por medio de las cuales se solicita concepto jurídico respecto de aclarar dudas interpretativas de los conceptos M- 2018-1400-002611 de 23 de mayo de 2018 y M-2018-1400-003023 de 05 de junio de 2018 emitidos por la Oficina Asesora Jurídica, me permito presentar las siguientes consideraciones:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es posible en los contratos de régimen FIP celebrados por Prosperidad Social cuando no se establece cláusula de liquidación, acudir como norma supletiva al Manual de Contratación vigente a la fecha de su celebración, a fin de establecer el término para liquidarlo?

II. ANTECEDENTES

Conforme a las solicitudes elevadas por la Subdirección de Contratación, la Oficina Asesora Jurídica mediante conceptos M- 2018-1400-002611 de 23 de mayo de 2018 y M-2018-1400-003023 de 05 de junio de 2018 dio respuesta a los cuestionamientos formulados respecto de la declaración de incumplimiento contractual en los convenios interadministrativos que por el origen de los recursos se rigen por el derecho privado, al igual que la procedencia de liquidar unilateralmente los convenios de asociación celebrados con organizaciones que se encuentran en proceso de reorganización iniciado por juez de la república.

La misma Subdirección de Contratación mediante memorando M-2018-2100-006341 de fecha 10 de octubre de 2018, con alcance M-2018-2103-006598 del 23 de octubre de 2018, solicita se resuelvan dudas interpretativas de los conceptos emitidos a través de los memorandos M- 2018-1400-002611 de 23 de mayo de 2018 y M-2018-1400-003023 del 5 de junio de 2018 en el sentido de:

1. ¿Si en los contratos de régimen FIP celebrados por Prosperidad Social no se establece cláusula de liquidación puedo acudir al Manual de Contratación vigente a la fecha de celebración de éste como norma supletiva a fin de establecer el término para liquidarlo?



2. Si el término establecido en el manual de contratación supera los límites de la caducidad de la acción de controversias contractuales ¿qué término debo utilizar para determinar mi competencia para poder realizar la liquidación?
3. ¿De ser posible acudir de manera supletiva al Manual de Contratación se podría realizar la liquidación de manera unilateral si éste lo prevé?
4. ¿De no ser posible realizar la liquidación unilateral, podría realizarse la bilateral? ¿Cuál sería el término para efectuarla?
5. ¿En caso de no proceder de ninguna forma y en ningún término la liquidación por no encontrarse pactada contractualmente, como se procedería para poder establecer el estado de cuenta o balance final y hacer exigibles los dineros que resultaren a favor de la Entidad?

En este orden de ideas, la Oficina Asesora Jurídica procede a analizar y dar respuesta a los interrogantes planteados.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación.

1. De la autonomía de la voluntad de las partes.

Las obligaciones de las partes nacen de la autonomía de la voluntad que, en palabras de Cabanellas¹, consiste en que *las personas capaces de obrar pueden obligarse en la medida que lo consideren pertinente y con las modalidades que convengan entre sí... completando lo querido y no expresado, el legislador concede igual eficacia a lo convenido libremente por los particulares y a todas las consecuencias que se ajusten a la lógica, a la buena fe y a la costumbre.*

Este precepto se ve reflejado también en el principio contractual denominado *pacta sunt servanda* (los pactos han de cumplirse), consistente en la eficacia de todo lo convenido verbalmente o por escrito, una vez probado el concierto de voluntades.

En este orden de ideas, la interpretación de las estipulaciones contractuales tendrá en cuenta el real querer de las partes al obligarse, es decir, los fines expresados en su manifestación de voluntad al celebrar el contrato.

Por su parte, el artículo 1602 del Código Civil dispone que todo contrato legamente celebrado se constituye en ley para los partes, razón por la cual los contratantes pueden incluir las estipulaciones que consideren convenientes conforme a la autonomía de la voluntad, siempre que no contraríen las normas imperativas.

En línea con la norma referenciada, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, consagra la primacía del principio de autonomía de la voluntad en los contratos estatales, del cual se deriva que

¹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Tomo I. Página 423. 24 Edición. Editorial Heliasta.



el contenido de los pliegos de condiciones y de la minuta del contrato al ser aceptados, determinan las obligaciones correlativas a las partes.

2. De la liquidación de los convenios con régimen privado.

Como se menciona en el memorando M-2018-1400-002611 de 23 de mayo de 2018, la Ley 487 de 1998 en su artículo 8 al crear el Fondo de Inversión para la Paz como principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la Paz, también señala que para todos los efectos, los contratos que se celebren en relación con el Fondo se regirán por las reglas de derecho privado, así:

"Artículo 8º. Fondo de inversión para la paz. Créase el Fondo de Inversión para la Paz como principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la Paz.

Este Fondo será una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Presidencia de la República, administrada por un consejo directivo y sujeta a la inspección y vigilancia de una veeduría especial, sin perjuicio de las facultades a cargo de la Contraloría General de la República.

Las funciones relativas a la administración del fondo tanto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como del Órgano de Administración del Fondo, se ejercerán en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación.

*Para el desarrollo de la finalidad del Fondo se podrán crear Fondos Fiduciarios, celebrar contratos de fiducia y encargos fiduciarios, contratos de administración y de mandato y la demás clases de negocios jurídicos que sean necesarios. **Para todos los efectos, los contratos que se celebren en relación con el Fondo, para arbitrar recursos o para la ejecución o inversión de los mismos se regirán por las reglas del derecho privado.** (...)." (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, teniendo en cuenta que el régimen legal de los convenios interadministrativos celebrados con el FIP es el de derecho privado, resulta pertinente que las partes acuerden liquidarlo de manera unilateral, siempre y cuando esa posibilidad sea contenida dentro del pliego de condiciones o en el texto mismo del contrato, tal como lo señala el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C.; veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04432-01(56939):

*"Teniendo en cuenta que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, **se entiende que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se refieren al ejercicio de dichas potestades.***

*Ahora bien, **si se entiende que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades al derecho común, nada impide que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, tal como lo son los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva o negocial puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, no se encuentre***



expresamente prohibida por la Ley y, por supuesto, que con su ejercicio no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo, y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

Luego, si lo que ocurre es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, que se rige por normas de derecho privado, las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo, siempre y cuando que no exista norma que lo prohíba y no afecte la prestación del servicio público o el interés general.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De lo anterior se deduce que, aunque la liquidación unilateral de los contratos que se rigen por derecho privado es válida, ésta reviste de unas condiciones para que su aplicación no vaya en contravía del ordenamiento legal; de suerte que debe haber sido prevista en el pliego de condiciones o en el contrato, no ser contraria a normas imperativas y no afectar el cumplimiento de finalidades estatales.

De otra parte, resulta necesario abordar el análisis de los casos en los que, rigiéndose el contrato por el derecho privado, las partes no establecieron disposición alguna sobre la necesidad de liquidar el mismo.

Ya se ha señalado que en el derecho privado prima el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que implica que éstas se encuentran sujetas a cumplir con lo que libremente han pactado y a no actuar por fuera de ese marco contractual.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, en Sentencia 25000-23-26-000-2009-01045-01(45191) de 14 de agosto de 2013, Consejero Ponente Hernan Andrade Rincón menciona:

“Sobre el cómputo del término de caducidad en tratándose de contratos estatales que se rigen por el derecho privado, la jurisprudencia de la Corporación ha puntualizado lo siguiente:

“El a quo consideró que el contrato era liquidable, en forma bilateral, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del mismo. Como no se hizo, la entidad debía proceder a liquidarlo, en forma unilateral, dentro de los dos meses siguientes, plazo que venció el 28 de febrero de 2005. Como la demanda se presentó el 17 de septiembre de 2009, entonces había caducado. La Sala considera que, efectivamente, el tribunal tiene razón, pero es necesario hacer una precisión sobre la fecha en que aconteció.

“Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.

PS



"Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado.

"En este orden de ideas, la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el artículo 136.10, lit. b) del CCA., teniendo en cuenta que este contrato no requiere liquidación, porque la ley no la impuso, ni las partes la pactaron." (Se destaca)

*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.**"*
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Puede decirse entonces que si en un contrato y/o convenio que se regula por normas de carácter privado no se pactó la posibilidad de liquidarlo, no hay razón para que se exija su cumplimiento, toda vez que no lo contempla la ley civil ni comercial y mal estaría en asumirlo la entidad estatal sin tener autorización legal para llevarlo a cabo.

3. Del Manual de Contratación.

El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.5.3 dispone que las Entidades Estatales deben contar con un manual de contratación, el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente.

Es así como Colombia Compra Eficiente expidió los Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación en donde señaló que *el Manual de Contratación es un documento que: (i) establece la forma como opera la Gestión Contractual de las Entidades Estatales y, (ii) da a conocer a los partícipes del Sistema de Compra Pública la forma en que opera dicha Gestión Contractual. El Manual de Contratación es también un instrumento de Gestión Estratégica puesto que tiene como propósito principal servir de apoyo al cumplimiento del Objetivo Misional de cada Entidad Estatal.*

Agregó que para las Entidades Estatales que aplican regímenes especiales de contratación, el Manual de Contratación también es el instrumento que define los Procedimientos para seleccionar a los contratistas.

Así mismo, los Lineamientos Generales antes señalados, indican lo que debe contener un Manual de Contratación, refiriéndose a la naturaleza jurídica de la Entidad Estatal y su ubicación en la estructura del Estado, los Procedimientos para desarrollar la Gestión Contractual, el área encargada y el cargo responsable de las actividades de cada etapa del Proceso de Contratación y la información y las buenas prácticas de su Gestión Contractual.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344, C.P. Enrique Gil Botero.



El Manual de Contratación de Prosperidad Social, actualmente vigente, en el numeral 1.3.2 establece que el régimen de contratación aplicable al Fondo de Inversión para la Paz-FIP es privado y le serán aplicables sus disposiciones, así:

"1.3.2. Régimen especial de contratación. De conformidad con el artículo 8 de la Ley 487 de 1998, el artículo 10 del Decreto 1813 de 2000, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2559 de 2015, señalan que el régimen de contratación aplicable al Fondo de Inversión para la Paz-FIP es privado, para lo cual le serán aplicables las disposiciones de este manual"

De igual manera, el Manual de Contratación en el numeral 3.9.1 contiene las disposiciones respecto de la liquidación de los contratos, estableciendo que no todos los contratos deben ser liquidados ya que se liquidan aquellos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y en los cuales exista ejecución de recursos o aquellos que por diferentes circunstancias lo requieran; indica que las partes tienen la facultad de pactar la liquidación unilateral por Prosperidad Social -FIP a través de un documento escrito dentro de los dos meses siguientes contados a partir del vencimiento del plazo previsto para la liquidación de mutuo acuerdo, o en el término establecido en el contrato; veamos:

*"(...) **Las partes tienen la facultad de pactar en los contratos**, que si el contratista no se presenta a la liquidación, o no se llega a un acuerdo sobre su contenido, esta podrá ser practicada en forma unilateral POR PROSPERIDAD SOCIAL -FIP a través de un documento escrito, dentro de los dos meses siguientes contados a partir del vencimiento del plazo previsto para la liquidación de mutuo acuerdo o dentro del término establecido en el contrato. Lo anterior, no obsta para que dentro de este plazo las partes lleguen a un acuerdo sobre la liquidación. (...)"* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Y en el numeral 3.9.2 señala:

"3.9.2 TÉRMINO PARA LIQUIDAR.

*El plazo para liquidar los contratos suscritos por PROSPERIDAD SOCIAL - FIP, **será el establecido en el contrato**, el cual en todo caso no podrá ser inferior a 6 meses ni superar 30 meses."* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Vemos como, en concordancia con lo dispuesto por el Consejo de Estado, el Manual de Contratación de Prosperidad Social establece la posibilidad de adelantar la liquidación unilateral, siempre y cuando la misma sea pactada en el contrato, dejando claro que no es una facultad que de manera autónoma pueda darse.

Respecto del término para liquidar los contratos suscritos por Prosperidad Social -FIP, el mismo Manual de Contratación en el numeral 3.9.2 indica que será el establecido en el contrato, resaltando el hecho de que no podrá ser inferior a 6 meses, ni superar los 30.

Sumado a lo fijado para la liquidación unilateral, en el numeral 3.9.4 se señala que si durante la ejecución y liquidación del contrato se presentaren controversias, Prosperidad Social-FIP buscará solucionarlas pudiendo acudir a la conciliación, amigable composición y transacción, así como someter a la decisión de árbitros las diferencias, así:

"3.9.4 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES



En el evento en que durante la ejecución y liquidación del contrato se presentaren controversias, PROSPERIDAD SOCIAL –FIP buscará solucionarlas en forma ágil, rápida y directa, para lo cual podrá acudir a los mecanismos de solución de controversias contractuales tales como: conciliación, amigable composición y transacción; igualmente podrá pactarse la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos, con el objeto de someter a la decisión de árbitros las diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.”

De lo anterior se deduce que si de presentarse controversias con ocasión de la ejecución y/o liquidación del contrato o convenio se buscará solucionarlas de forma ágil, rápida y directa, mientras serán de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de numeral 2 que señala:

"Artículo 104. *De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y 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:

(...)

2. 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. (...)"

Así, aunque los contratos de régimen FIP celebrados por Prosperidad Social se enmarquen en normas sustantivas de régimen privado, las controversias que allí se susciten, por mandato legal, seguirán siendo de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

4. De la caducidad de la acción de controversias contractuales.

Entendida la caducidad como la pérdida de oportunidad para llevar a cabo la reclamación de los derechos que se crean vulnerados por la vía judicial, es necesario señalar que la caducidad de la acción contractual se encuentra contenida en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, literal j), el cual establece:

"Artículo 164. *Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

(...)

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:



i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) **En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;**

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) **En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga; (...)** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, el medio de control de controversias contractuales deberá adelantarse dentro de los términos y conforme a los condicionamientos indicados por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual en todo caso debe darse dentro de los dos (02) años siguientes a la terminación y/o liquidación del contrato, según corresponda.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia No. 25000-23-36-000-2015-02719-01(57375) de fecha 16 de febrero de 2017, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, indicó:

"(...) En conclusión de todo lo anterior debe decirse que el término de caducidad frente a las acciones de controversias contractuales es de 2 años contados de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Cuando el contrato no sea de aquellos que no requieren una etapa posterior para su liquidación, **el término de caducidad se cuenta a partir de la finalización del contrato.**

2. Cuando el contrato sea de aquellos que requieren una etapa posterior para su liquidación, dicho término corre una vez surtida la correspondiente liquidación.

3. En los eventos en que el contrato es de aquellos que requieren una etapa posterior para su liquidación, pero ésta finalmente no se llevó a cabo, la caducidad de la acción iniciará su cómputo a partir del vencimiento del plazo establecido para la liquidación, ya sea este convencional o legal (4 meses bilateral + 2 meses unilateral, es decir 6 meses siguientes a la finalización del contrato).

4. Asimismo, cuando el contrato requiere una etapa posterior para su liquidación y esta se lleva a cabo con posterioridad al vencimiento del plazo establecido para dicha liquidación, ya sea este convencional o legal (4 meses bilateral + 2 meses unilateral, es decir 6 meses siguientes a la finalización del contrato), en todo caso, la caducidad habrá iniciado su conteo a partir de la fecha en que este plazo venció.

De manera que si con posterioridad al vencimiento del plazo de liquidación las partes de común acuerdo o la administración unilateralmente liquidan el contrato, el cómputo del término de caducidad no se altera, por el contrario, las partes solo tendrán oportunidad de



demandar dentro del tiempo que reste para completar los 2 años cuyo conteo inició con el vencimiento del plazo de liquidación.

5. Finalmente, cuando la liquidación del contrato se lleve a cabo luego de vencidos los términos de liquidación y caducidad (2 años), las partes podrán acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pero ya no en acción de controversias contractuales, porque ésta habrá caducado, sino mediante la simple impugnación del acto administrativo que decidió la liquidación, en cuyo caso encontrará nuevos y diferentes tiempos de caducidad." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Es de anotar que si bien la acción contractual tiene un término de dos (2) años para incoarla, éste se debe tomar a partir del cumplimiento de las reglas fijadas por el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, literal j), so pena de darse la caducidad de la acción, condiciones que se encuentran ampliamente expuestas en el concepto M-2018-1400-003023 de 05 de junio de 2018.

5. Del caso concreto

Teniendo en cuenta los aspectos antes considerados, se entrará a dar respuesta a cada uno de los interrogantes planteados en la solicitud de concepto, así:

- 1. ¿Si en los contratos de régimen FIP celebrados por Prosperidad Social no se establece cláusula de liquidación puedo acudir al Manual de Contratación vigente a la fecha de celebración de este como norma supletiva a fin de establecer el término para liquidarlo?*

Para dar respuesta a este interrogante se debe precisar primero que, ante la ausencia de la manifestación de la voluntad de las partes en cuanto a liquidar el contrato una vez finalizado el plazo de ejecución, se debe revisar lo que el derecho privado, en este caso el Código Civil y el Código de Comercio señalan al respecto.

Es así como se tiene que en ninguno de estos cuerpos normativos se hace referencia a la liquidación de los contratos, tan solo a la forma de extinguir las obligaciones, tal y como lo señala el artículo 1625 del Código Civil. En tal virtud, en comienzo debe entenderse que si las partes no pactaron expresamente el acto de liquidación en el clausulado del contrato, no están obligadas a hacerlo como tampoco será procedente realizarlo unilateralmente.

En ese mismo sentido se pronuncia no solo el Consejo de Estado en la sentencia citada en el capítulo de la liquidación de los contratos de este concepto, sino también el Manual de Contratación de Prosperidad Social vigente cuando deja claro que es facultativo el pactar la liquidación unilateral de los contratos a través de documento escrito, dentro de los dos meses siguientes contados a partir del vencimiento del plazo previsto para la liquidación de mutuo acuerdo o dentro del término establecido en el contrato y cuando señala que el plazo para liquidar será el pactado en el contrato.

Luego, la posibilidad de liquidar un contrato del FIP debe ser un asunto consensuado y no le es dable a Prosperidad Social hacerlo sin que previamente haya sido pactado de común acuerdo.

En cuanto a la posibilidad de realizar la liquidación de mutuo acuerdo pese a que no esté previamente pactada en el contrato, se considera que, si no hay una manifestación clara y



expresa de las partes en ese sentido, no es posible hacerla, ni siquiera acudiendo a las disposiciones del Manual de Contratación vigente, toda vez que allí, especialmente en los numerales 3.9.1 y 3.9.2, se parte del supuesto de la existencia de la cláusula de liquidación en el contrato.

Ahora bien, si en manuales de contratación anteriores al vigente se dispuso expresamente que en el caso que las partes no hubiesen pactado la liquidación del contrato regido por el derecho privado, Prosperidad Social podría hacerlo bilateral o unilateralmente, se considera que tal disposición excedería el contenido, finalidad y alcance de los mismos, de conformidad con los Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación expedido por Colombia Compra Eficiente, pues éste no está previsto como herramienta para llenar el vacío de las estipulaciones de las partes, máxime cuando en estos casos priman los principios de autonomía negocial y pacta sunt servanda.

En este orden de ideas, solamente se podrá adelantar la liquidación del contrato si en los documentos contractuales (estudios previos, pliegos, contrato) quedó establecido tal procedimiento.

Por lo anterior, por sustracción de materia, no resulta procedente la pregunta consistente en determinar los plazos para liquidar los contratos cuando tal procedimiento no fue pactado por las partes.

- 2. ¿Si el término establecido en el manual de contratación supera los límites de la caducidad de la acción de controversias contractuales que término debo utilizar para determinar mi competencia para poder realizar la liquidación?*

Para dar respuesta a este interrogante se deben precisar dos eventos: i) la competencia para liquidar el contrato y ii) la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para reclamar la solución de las controversias contractuales que se hayan suscitado en la ejecución del contrato.

En cuanto a la competencia para liquidar el contrato, bien sea de manera bilateral o unilateral, de conformidad con la respuesta dada al primer interrogante, si dicho procedimiento no se pactó expresamente por las partes, no resulta procedente analizar si la Administración tiene o no competencia y hasta cuándo, para liquidarlo, pues como ya se ha dicho, en este evento el contrato no requeriría liquidación.

Se reitera que en este escenario se ubican los contratos que se rigen por normas del derecho privado, en donde, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no se estableció la liquidación, de ahí que se considere que no le pueden ser aplicables, respecto a ella, las normas de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por cuanto la ley sustantiva del derecho privado no lo imponen y las partes tampoco la pactaron.

En lo que atañe a la posibilidad de ejercer el medio de control de controversias contractuales, teniendo en cuenta que, como ya se señaló en este concepto, la jurisdicción de los contratos suscritos por entidades públicas que tengan régimen de derecho privado, es la contenciosa administrativa, el término de caducidad será el señalado en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 literal j) que dispone que en los contratos que no requieran de liquidación el término



de dos (2) años se contará desde el día siguiente al de la terminación del mismo por cualquier causa.

3. *¿De ser posible acudir de manera supletiva al Manual de Contratación se podría realizar la liquidación de manera unilateral si éste lo prevé?*

De conformidad con lo advertido por el Consejo de Estado y el mismo Manual de Contratación de Prosperidad Social, así como ampliamente lo explica el concepto expedido por esta Oficina en memorando M-2018-1400-002611 de 23 de mayo de 2018, la liquidación unilateral tan solo es viable si está pactada dentro del contrato.

4. *De no ser posible realizar la liquidación unilateral, ¿podría realizarse la bilateral? ¿Cuál sería el término para efectuarla?*

Se reitera lo señalado en la respuesta al interrogante 1 de este concepto en el sentido que la liquidación, bien sea bilateral o unilateral en los contratos suscritos por la Entidad que se rigen por el derecho privado, solo es procedente si las partes así lo acordaron expresamente, bien sea en la minuta del contrato o en los documentos que hacen parte del mismo como estudios previos y pliego de condiciones.

5. *En caso de no proceder de ninguna forma y en ningún término la liquidación por no encontrarse pactada contractualmente, ¿cómo se procedería para poder establecer el estado de cuenta o balance final y hacer exigibles los dineros que resultaren a favor de la entidad?*

En el evento que la disposiciones contractuales no estipulen la liquidación del contrato, la supervisión o la interventoría del mismo, según corresponda, podrán realizar este balance en el informe final y si de allí surgen saldos a favor de la Entidad, realizar la compensación de los mismos con el último pago, si esto es posible o, en su defecto, acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa habiendo agotado previamente los mecanismos alternativos de solución de conflictos que hayan sido pactados en el contrato.

IV. CONCLUSIONES

Habida cuenta de lo contenido en los conceptos M- 2018-1400-002611 de 23 de mayo de 2018 y M-2018-1400-003023 de 05 de junio de 2018 emitidos por la Oficina Asesora Jurídica y lo aquí mencionado, la respuesta al problema jurídico planteado consistente en determinar si es posible en los contratos de régimen FIP celebrados por Prosperidad Social cuando no se establece cláusula de liquidación, acudir como norma supletiva al Manual de Contratación vigente a la fecha de su celebración, a fin de establecer el término para liquidarlo, es negativa por las siguientes razones:

1. Las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio no establecen la obligación o necesidad de liquidar los contratos que se rijan por esa normatividad.
2. De conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, especialmente en la Sentencia del 14 de agosto de 2013, la liquidación de los contratos suscritos por la Entidad y que se rigen por el derecho privado, solo es posible si las partes así lo pactaron expresamente, bien sea en la minuta del contrato o en los documentos que



hacen parte del mismo, tales como los estudios previos y pliegos de condiciones, por lo que ante su ausencia, no es viable dicho procedimiento.

3. El Manual de Contratación vigente de la Entidad, en su capítulo sobre contratos FIP, parte del supuesto que las partes pactaron la liquidación (ver numerales 3.9.1 y 3.9.2) luego en el caso sometido a consideración, no es posible acudir a éste de manera supletiva con el propósito de llenar el vacío ante la ausencia de cláusula de liquidación en las estipulaciones contractuales, incluso si en versiones anteriores del Manual se consignó dicha posibilidad pues se excedería el contenido, alcance y finalidad de este tipo de documentos de conformidad con los Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación expedido por Colombia Compra Eficiente.

No obstante lo anterior, por la complejidad del asunto y acogiendo la solicitud de la Subdirección de Contratación, se convoca a una reunión de trabajo para el próximo 30 de noviembre a las 9 de la mañana en la Oficina Asesora Jurídica.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Se recuerda que este y los demás conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran a disposición de todos los colaboradores de la Entidad, para su consulta, en el enlace Conceptos Jurídica en la intranet.

Atentamente,

LUCYEDREY ACEVEDO MENESES
Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Sandra Johana Gonzalez Matallana
Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño
Folios: 13
Anexo: 0