



**FACULTAD DE POSGRADOS: ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN  
ESTATAL**

**PROYECTO**

**LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL**

**POR**

**JAIRO ALBERTO ARROYO BREVERA**

**BOGOTÁ D.C. 2016**

## INDICE

INTRODUCCION.....	3
PROPOSICIONES PARA DELIMITAR EL PROBLEMA.....	5
PROBLEMA, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS.....	6
ESTADO DEL ARTE - MARCO HISTÓRICO.....	7
RESUMENES ANALÍTICOS DE INVESTIGACIÓN	
RAI 1.....	12
RAI 2.....	17
RAI 3.....	21
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	
CONCEPTO DE LIQUIDACIÓN.....	26
CONCEPTO DEL INVESTIGADOR.....	29
DIFERENCIA ENTRE LIQUIDACIÓN, TERMINACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.....	
	31
CONCEPTO DE CLÁUSULA EXCEPCIONAL.....	34
LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL ES RESPETUOSA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO.....	
	36
NATURALEZA DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.....	
	39
Tesis que sostiene que la liquidación es un acto administrativo.....	40
Tesis que sostiene que la liquidación no es un acto administrativo....	43

LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ES

UNA POTESTAD EXORBITANTE.....45

CONCLUSIONES.....50

REFERENCIAS.....56

## INTRODUCCIÓN

La liquidación del contrato estatal es uno de los temas que más discusiones suscitan en la cotidianidad, pero constituye infortunadamente un tópico que ha tenido un escaso tratamiento doctrinario dentro de la contratación estatal colombiana. Lo anterior, sin negar los invaluable aportes de la jurisprudencia (especialmente la del Consejo de Estado), la liquidación aparece como un aspecto que los operadores jurídicos suelen abordar, remitiéndose a las normas que regulan su oportunidad, o tomándola como referencia para el cómputo de la caducidad del medio de control de controversias contractuales, sin encontrar, por lo general, en los textos un mayor despliegue teórico sobre el tema, a pesar de que se trata de un interesante aspecto de la contratación pública, que merece analizarse con detalle; es decir, con el grado de profundidad de otras instituciones que han gozado de una mayor teorización, como los procesos de selección del contratista, las cláusulas excepcionales, los tipos contractuales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades entre otros.

No obstante lo anterior, aunque no existe un amplio material bibliográfico sobre este tópico, más allá de la jurisprudencia, hay referencias dogmáticas importantes, que serán mencionadas en el presente trabajo. Sin embargo, en ocasiones, los textos no trascienden del abordaje de la noción o de la descripción de las normas que la regulan, y en consecuencia, prescinden de un tratamiento detallado del alcance, y dentro de éste, de los principales efectos de la liquidación de los contratos celebrados por la administración pública. Un posible factor que incide en la escasez de doctrina sobre este asunto tiene que ver con la especificidad de la liquidación de los contratos estatales en la legislación colombiana y con la ausencia de una regulación detallada de dicho fenómeno entre otros países como Argentina y España (por citar

algunos ejemplos), en los que la extinción de los contratos administrativos, absorbe dentro de su contenido, a la liquidación, sin requerir esta, de una mayor regulación.

A pesar de ello, se abordará la reflexión en torno al tema, que no por el mínimo de desarrollo doctrinario existente se encuentra blindado a problemas prácticos que justifican abordar su estudio. Ello por cuanto la institución que se examinará es una de las más problemáticas al interior de la contratación estatal, no solo por las discusiones que se han presentado, en cuanto a su contenido y oportunidad, sino, porque además alrededor de ella confluyen aspectos técnicos, normativos y económicos, en lo que no en pocas ocasiones, contribuye a que se origine una diversidad de criterios decisorios, al momento de formalizar el arreglo de las cuentas del contrato.

Tal problemática puede evidenciarse en el funcionamiento cotidiano de las entidades públicas, en el que suelen generarse controversias con los contratistas, por asuntos tales como los datos consignados en la liquidación de los contratos; así como por la oportunidad en que se debe llevar a cabo, la redacción que debe dársele al documento para que pese mérito ejecutivo, la competencia para expedirla, los contratos en los que puede prescindirse de ella, el alcance de las salvedades al acta, entre otros aspectos.

## **La liquidación unilateral del contrato estatal**

### **Proposiciones para Delimitar el Problema**

#### **INTERROGATIVA**

¿La liquidación unilateral del contrato estatal forma parte de las cláusulas excepcionales de la administración?

#### **AFIRMATIVA**

Considerar la liquidación unilateral del contrato estatal como cláusula excepcional, genera dificultades para su aplicación y en los efectos que dicha figura tiene en el desarrollo del proceso contractual.

#### **NEGATIVA**

La liquidación unilateral del contrato al no estar incluida en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, no se puede clasificar dentro de las cláusulas excepcionales de la administración.

#### **DUBITATIVA**

Considerar o no la liquidación unilateral como cláusula excepcional, podría condicionar la aplicación de dicha figura y sus efectos en el iter contractual.

### **Categorías**

Liquidación unilateral

Contrato estatal

Cláusulas exorbitantes de la administración

Dificultades aplicación y efectos

Desarrollo del Iter contractual.

**Problema**

¿Cuál es la verdadera categorización de la figura de la liquidación unilateral de los contratos estatales tomando en cuenta que no existe concordancia sobre la misma por la norma, jurisprudencia y doctrina en tanto elemento de las cláusulas excepcionales?

**Hipótesis**

La figura de la liquidación unilateral de los contratos estatales viene siendo tratada tanto en la noma como en la jurisprudencia y doctrina, sin embargo falta determinar si es componente de las cláusulas excepcionales o es potestad exorbitante de la administración pública.

**Objetivos****General**

Determinar si la liquidación unilateral de los contratos estatales es componente de las cláusulas excepcionales o es potestad exorbitante de la administración pública.

**Específicos**

Describir los fundamentos jurídicos de la liquidación unilateral de los contratos estatales.

Identificar la relevancia de clasificar la liquidación unilateral de los contratos estatales.

Establecer un criterio sobre la debida clasificación y aplicación de la liquidación unilateral de los contratos estatales.

## **Estado del Arte.**

### **Marco histórico**

La liquidación del contrato estatal está contenida en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007.

Dentro del marco normativo de la figura objeto de estudio, no es suficiente analizar solamente la legislación actual que delimita la liquidación, sino que también resulta imperioso, analizar sucintamente la historia normativa de dicha figura en Colombia, con el fin contextualizar la hipótesis del estudio a realizar y entender el porqué del contenido de las disposiciones legales reinantes.

### **Desenvolvimiento jurídico de la figura y sus antecedentes normativos**

La liquidación de los contratos estatales no tiene su origen en la ley 80 de 1993, sino que ya venía siendo detallada en normas anteriores:

1. El decreto 150 de 1976, que trata sobre las pautas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, contiene un capítulo especial sobre la liquidación de los mencionados contratos.

Al respecto el Presidente de la República, usando las facultades extraordinarias otorgadas mediante la ley 28 de 1974, en el decreto en mención establece los casos en que procede la liquidación (Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad; Cuando se haya aceptado la renuncia del contratista; Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declaró nulo y Cuando la autoridad competente lo declare terminado); así como las personas encargadas de realizarla, imponiendo esta función al jefe de la entidad o a quien éste hubiere encargado mediante resolución y el contenido que debía



comprender dicho acto jurídico, el cual debe constar en actas; además de imponer la obligación de liquidar dos tipos de contratos específicos: Obra y Suministro.

2. Al ser derogado el decreto 150 de 1976 por el Decreto Ley 222 de 1983, éste a su vez, reguló la materia en los artículos 287 a 289:

Dentro del cuerpo del decreto establece los casos en que procede la liquidación de los contratos (Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad; cuando las partes terminen el contrato por consentimiento mutuo; cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declare nulo; cuando la autoridad competente lo declare terminado unilateralmente), así como la mención específica de realizar esta obligación en los contratos de suministro y de obra cuando se hayan cumplido o ejecutado. Al lado de ello se encuentra la disposición que regula las personas que deben efectuar la liquidación, fijando a el jefe de la entidad contratante, o su delegado; el contratista o el interventor cuando éste se negare. También incluye a la Contraloría General de la República, a la cual se remitirá copia de la liquidación para que realice el control posterior.

Este decreto impone una solemnidad al acto de liquidación, el cual debe constar por escrito en actas, expresando las sumas de dinero que haya recibido el contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.

Es de suma importancia el inciso final del artículo 289, el cual expresa el procedimiento de la liquidación unilateral: “Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa.”

Realizando una comparación de las dos normatividades, decreto 150 de 1976 y el Decreto Ley 222 de 1983, se determina que los dos establecen las causales en las cuales se deben liquidar los contratos de la administración, siendo estas dos listas muy similares, modificando únicamente la causal segunda, puesto que en el primer decreto se expresa como causal la renuncia del contratista cuando fue aceptada; y en el segundo decreto se reforma a cuando se presenta la terminación unilateral por mutuo acuerdo de las partes. Se concluye que en este aspecto el gobierno nacional no hace una modificación radical de la norma derogada.

Ahora bien, en cuanto a los artículos siguientes, es decir, el artículo de las personas encargadas de efectuar la liquidación y el artículo del contenido de la misma, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (quien expidió el Decreto Ley) transcribió el decreto anterior en su cuerpo normativo sin introducir ninguna modificación, pero es importante mencionar que sí insertó un inciso al final del artículo 289, el cual no estaba estipulado en el artículo 193 del decreto derogado.

El inciso final del artículo 298 fue analizado por la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia No. 83 de 24 de agosto de 1983 (M.P. Manuel Gaona Cruz), resumiéndose las siguientes consideraciones:

Para el actor la facultad de crear un título ejecutivo era exclusiva del Congreso de la República y no podía depositarse en el Gobierno, mediante ley que otorgaba facultades extraordinarias. Sin embargo, la Corte Suprema declaró ajustado a la Constitución este inciso, argumentando que la ley 19 de 1982 había otorgado al Gobierno Nacional una amplia habilitación legislativa extraordinaria para regular la liquidación, entre otros aspectos de la contratación pública.

Así lo manifestó la alta corte:

(...) Ciertamente según el artículo 562 del Código de Procedimiento Civil, en la que se señala los títulos que prestan mérito ejecutivo en las ejecuciones por jurisdicción coactiva, ninguno de ellos corresponde al del acta final de liquidación de los contratos administrativos a que se refiere el artículo demandado. Pero entiende la corte que con el inciso acusado se consagra un principio jurídico nuevo, y que el Gobierno, según los términos de la propia ley 19 de 1982, se hallaba autorizado para hacerlo (Sentencia No. 83 de 24 de agosto de 1983. M.P. Manuel Gaona Cruz).

El Decreto 222 de 1983 previó dos mecanismos de liquidación contractual: uno bilateral y otro a cargo de la entidad pública a través de resolución motivada, en este último en caso, se presentaba cuando no se logrado un acuerdo.

Por otra parte, es importante mencionar que el decreto 222 no sólo definía la figura objeto de estudio en los artículos mencionados anteriormente, sino que también la desarrollaba en los artículos 13, 19 y 22, que se detallan a continuación:

Artículo 13. La contravención de las prohibiciones establecidas en los contratos de la administración pública, obligará a la entidad a dar por terminado el contrato y a proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, sin lugar a reconocer o pagar indemnización alguna.

Artículo 19. Determina que cuando se presente la terminación unilateral del contrato, se procederá seguidamente a la liquidación del mismo, para la cual se tomará en cuenta el estimativo del valor compensatorio que el artículo 8o. de la Ley 19 de 1982 ordena que se reconozca al contratista.

Artículo 22. Fija el evento que se haga efectiva la cláusula de rescisión a favor del contratista, se procederá a la liquidación del contrato.

3. Siguiendo con el párrafo anterior, el decreto ley 222 de 1983 fue declarado inexecutable por el artículo 81 de la ley 80 de 1993, la cual a su vez, desarrolla específicamente el tema de la liquidación:

En el suceso que el contratista no concurra a la liquidación o las partes no lleguen a acuerdos sobre el contenido de la misma, ésta se realizará directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

4. Dicho artículo fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, el cual seguidamente, estableció la oportunidad para realizar la liquidación del contrato estatal, tanto bilateral como unilateralmente por parte de la entidad contratante:

Concibe, pues, la liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término estipulado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes. De no existir tal término, se hará dentro de los cuatro meses siguientes a la ocurrencia de dos hechos:

- a). la expiración del término previsto para la ejecución del contrato
- b). la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En el supuesto que el contratista no concurra a la liquidación (previa notificación o convocatoria que le haga la entidad), o no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido ese plazo no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes, bien sea de mutuo acuerdo o unilateralmente.

Por último establece que 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.

Esta disposición se encuentra vigente en la actualidad y es la norma que los operadores judiciales aplican al momento de analizar la figura de la liquidación unilateral de los contratos estatales.

Pero tampoco es el único artículo vigente a la fecha, puesto que la ley 80 hace mención a la liquidación de los contratos estatales en varios de sus apartes:

El Artículo 16, trata de que en el evento que se haga efectiva la cláusula de rescisión a favor del contratista, se procederá a la liquidación del contrato.

El Artículo 18, considera que, cuando la entidad pública declare la caducidad del contrato, se procederá inmediatamente a su liquidación.

El Artículo 24.5 literal f, establece que en los pliegos de condiciones se debe establecer el plazo de liquidación del contrato y los términos en que se debe realizar.

El Artículo 45, dispone que cuando se declare la nulidad absoluta del contrato por las causales 1, 2 y 4 del artículo 44 ibídem, el representante legal o jefe de la entidad procederá a liquidar el contrato *ipsoiuris*.

## **Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)**

### **RAI 1**

Niño Zambrano Arturo (2011) en su escrito *Cláusulas Excepcionales en Contratos Estatales*, plantea el siguiente problema: “el legislador le ha otorgado a la administración pública prerrogativas, para que pueda en un momento dado desligarse del acuerdo de voluntades en que se orienta la contratación estatal, haciendo uso de poderes exorbitantes y

proteger el interés general que al fin y al cabo es la finalidad del estado y de contera el cumplimiento del objeto social para el cual fueron creadas las entidades del estado”.

Como objetivo principal el autor se planea desarrollar un estudio que tenga como fin conocer todo lo relacionado con las clausulas exorbitantes y/o excepcionales al derecho común, y así, al finalizar este trabajo tener la claridad de cuándo, por qué, y a que contratos del estado se deben aplicar dichas clausulas.

Como hipótesis se planteó que “el interés general encarna la necesidad de que toda actuación de las autoridades procure el cumplimiento de los fines estatales, en otros términos, la importancia del interés general radica en el doble papel que juega en relación con el ejercicio de la función pública, ya que por una parte justifica y legitima la actuación de las autoridades, pero por otra la limita, puesto que al observar el perfil de la Ley 80 de 1993 está orientado al principio de la autonomía de la voluntad de las partes; se respeta esa autonomía de la partes, pero se le permite al estado utilizar sus poderes excepcionales cuando tiene que realizar actividades públicas con es el caso de las obras públicas, el de los servicios públicos diferentes a los domiciliarios”.

### ***Análisis***

El contrato administrativo se caracteriza, precisamente porque la actividad de la Administración se encuentra asociada a la noción de interés público. Por ello el contrato administrativo puede definirse como aquel que celebra, directa o indirectamente, la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones, central y descentralizada, territorial o funcionalmente con otro sujeto de derecho público o privado para satisfacer una finalidad pública y gobernado fundamentalmente por normas de derecho administrativo, tanto en la etapa previa a su formación (licitación, concurso, subasta, etc.) como en su ejecución,

(estipulación de cláusulas exorbitantes) y revisión, (demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa).

Precisamente, las cláusulas exorbitantes, instrumentadas como prerrogativas, se presentan como una potestad, como un privilegio de la Administración sobre sus contratistas. Estas prerrogativas se dan en todas las etapas de la contratación, en la fase precontractual o en la fase de ejecución donde se dan la mayoría. El privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria y el *Ius Variandi* son las prerrogativas por excelencia de la Administración y sus alcances son extendidos a todas sus necesidades, tales como el poder de dirección, inspección y control, el poder de interpretación, modificación, terminación unilateral y un régimen amplio de sanciones como la caducidad.

En vigencia de la Ley 80 de 1993, el legislador restringió la aplicación de las cláusulas exorbitantes, hoy llamadas excepcionales, a aquellos contratos en que el legislador consideró que podría existir una relación directa entre el objeto del contrato y el interés público privilegiando, y que tal interés público pueda verse afectado; Es por esto que el legislador contempló tres situaciones en las cuales puede contemplarse tales potestades:

Primera, en los casos en que proceden por mandato de la ley (obligatoria) para: actividades que constituyen monopolio del estado, prestación de servicios públicos, explotación y concesión de bienes del estado, contratos de obra; Segunda, por acuerdo de las partes (facultativa) en los contratos de: suministro y prestación de servicios; Tercera, que no son viables (prohibida), en contratos con personas públicas internacionales, contratos de cooperación, ayuda o asistencia, interadministrativos, empréstito, donación, arrendamiento, contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas,

contratos de seguros tomados por entidades estatales, contratos que tengan por objeto actividades comerciales e industriales de las entidades del Estado.

La presencia de las cláusulas exorbitantes y/o en un contrato, es otro de los criterios que se han invocado en la jurisprudencia para distinguir los contratos administrativos y los de derecho común, pues la contratación administrativa se rige por principios diferentes de los que regulan la contratación civil, en la cual opera el acuerdo de la voluntad de las partes; mientras que en los contratos administrativos, estos son preparados en forma unilateral por la Administración, la cual tiene poderes o privilegios especiales en la ejecución de los contratos administrativos, y es en mérito de estas prerrogativas es que puede intervenir en la ejecución del contrato, interpretando, modificando y terminando unilateralmente el contrato e imponiendo la caducidad cuando el servicio se vea afectado de manera grave

### *Conclusiones del Autor*

El ejercicio de las cláusulas excepcionales dentro de los contratos estatales no son una muestra de un poder desbordado del estado frente al contratista, sino que son herramientas efectivas que le permiten abordar situaciones que podrían alterar la debida prestación del servicio, y por consiguiente proteger el interés general, que es lo que finalmente le interesa al estado.

Las cláusulas excepcionales, hacen relación a las potestades o prerrogativas que tiene la Administración para intervenir en la ejecución de los contratos cuando vea que se puede afectar de manera grave la prestación del servicio, esto en ejercicio del poder público que le asiste, debido a que, cuando una entidad pública celebra un contrato, lo que busca es el cumplimiento de los fines del estado y de la propia entidad, lo cual implica intereses de carácter general, en la medida que los fines estatales pretenden el bienestar de la comunidad.



Las entidades estatales deben ejercitar las potestades excepcionales dentro del plazo de ejecución del contrato, en virtud a que son instrumentos jurídicos que la ley le otorga a la administración pública para asegurar el cumplimiento de su objeto, pues no tiene ningún sentido que estas se puedan utilizar una vez vencido el plazo de ejecución.

La presencia de cláusulas exorbitantes en el contrato, es otro de los criterios que se han invocado en la jurisprudencia para distinguir los contratos administrativos y los de derecho común, pues la contratación administrativa se rige por principios diferentes de los que regulan la contratación civil, en la cual opera el acuerdo de la voluntad de las partes; mientras que en los contratos administrativos, estos son preparados en forma unilateral por la Administración, la cual tiene poderes o privilegios especiales en la ejecución de los contratos administrativos, y es en mérito de estas prerrogativas es que puede intervenir en la ejecución del contrato. Tal intervención comporta la existencia de determinados poderes, como los que se refieren al control y dirección del contrato, donde puede interpretar, modificar y terminar unilateralmente el contrato e imponer las sanciones como la caducidad cuando el servicio se vea afectado de manera grave.

Finalmente se puede entender, que las cláusulas exorbitantes son aquellas que constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponden a la Administración en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el campo del Derecho Público, para la satisfacción del interés público, se trata de cláusulas que insertas en un contrato de derecho común, resultarían inusuales o ilícitas por contrariar la libertad contractual.

Por último, el autor plantea las siguientes sugerencias:

La reflexión va encaminada a que el legislador se pronuncie frente a los contratos del estado en que no definió la inclusión de las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación, terminación Unilateral y caducidad, toda vez que en contratos como los de compraventa con instalación y puesta en funcionamiento, consultoría, interventoría, y en sí, los contratos diferentes a los señalados en el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues no se hace alusión alguna, diferente a los allí relacionados, y considero que por ejemplo en los contratos de interventoría de una obras públicas, se deberían incluir dichas cláusulas excepcionales puesto que al ser contratos de tracto sucesivo, dentro de la ejecución pueden presentar hechos que ameriten la interpretación, modificación, terminación Unilateral y por supuesto la caducidad.

También se debería hacer claridad sobre la aplicación de las cláusulas excepcionales en los contratos de prestación de servicios, puesto que si bien es cierto es facultativa la inclusión de dichas cláusulas en este tipo de contratos, no se dice nada sobre qué tipos de contratos de prestación de servicios se debe aplicar, pues en la redacción del inciso segundo del numeral segundo, artículo 14 de la ley 80 de 1993, generaliza la aplicación de esas cláusulas a este tipo de contratos.

## **RAI 2**

Chacón Muñoz Rocío Marlen (2011) en su escrito *La Oportunidad en la Liquidación de los Contratos Estatales*, plantea el siguiente problema: “¿cuál es la oportunidad que otorga la ley a las entidades estatales para liquidar el contrato estatal de forma unilateral, cuando acaeció el plazo estipulado en el contrato estatal y no se realizó?”.

Como objetivo principal la autora se planea desarrollar un estudio que tenga como fin conocer todo lo relacionado con las modalidades de liquidación del contrato estatal y su

procedencia en el tiempo, para lo cual primero, realiza un recuento sobre el concepto de contrato estatal y su naturaleza.

En este orden de ideas, se resume dicho recuento de la siguiente manera:

El contrato estatal no es una especie de acto administrativo, pues aunque los dos sean actos jurídicos, el primero es esencialmente bilateral en tanto que el segundo es eminentemente unilateral.

Se acoge el criterio orgánico para su distinción, entendida como la necesidad de establecer que una de las partes del contrato es una Entidad Estatal, que define el “artículo 2 de la Ley 80 de 1993, orientando a ubicarlo dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa – Ley 1437 de 2011 –, para las controversias contractuales, la ejecución y cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato”

Finalmente, la doctrina ha señalado la existencia de cinco (5) características de los contratos estatales: (I) Bilateralidad. (II) Onerosidad (III) Solemnidad (IV) Carácter principal (V) Naturaleza nominada.

Se formuló como hipótesis que “La libertad contractual, la única que interesa al caso concreto, tiene a su vez tres expresiones: la libertad de celebrar o no el contrato, la libertad de escoger el contratista y la libertad de establecer su contenido”

En cuanto al primer elemento, es evidente que la administración está limitada en el interés de celebrar el contrato por necesidades públicas; es el interés general, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la administración en la consecución de estos fines, lo que fundamenta la decisión sobre la celebración o no de un contrato estatal.

La escogencia del contratista está limitada por su parte, por el principio de transparencia y por los procedimientos de selección previstos en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y por el Decreto 2474 de 2008 que de acuerdo a los criterios allí establecidos, puede consistir en la licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa, según sea el caso.

El contenido, que es el aspecto que enmarca la previsión del acuerdo respecto a los términos de liquidación de los contratos, encuentra su limitación en el orden público y en la moral y las buenas costumbres. En este sentido, el carácter bilateral de este acuerdo de voluntades no excluye la existencia de divergencias entre las partes en torno a ciertos aspectos, caso en el cual se deberá dejar constancia expresa de los asuntos que no fueron objeto de acuerdo. En relación con las salvedades, el supervisor o interventor del contrato podrá hacer uso de la facultad de liquidación unilateral. La liquidación parcial por mutuo acuerdo no impide que sobre los asuntos objeto de divergencia se llegue a un acuerdo con posteridad. Si, por el contrario, el acta en que consta la liquidación bilateral no contiene salvedades, ninguna de las partes podrá desconocer este acuerdo ni reclamar judicialmente mayores reconocimientos.

### *Análisis*

En el campo administrativo ya es sabido que la jurisdicción de lo contencioso administrativo refleja la evolución político – jurídica del Estado moderno. Esto por cuanto a mayor extensión de las actuaciones de la Administración Pública corresponde proporcionalmente un mayor control del Estado por la justicia.

Así, los fines perseguidos por los organismos públicos determinan fácilmente el derecho aplicable en lo público o privado. Así, dentro de las acciones del Derecho

Administrativo se encuentra la contratación estatal que dispone de una serie de normas, principios, herramientas para su cabal funcionamiento, dentro de las cuales hace parte la liquidación contractual, que es el acto que formaliza la terminación del contrato, cuya modalidad es de común acuerdo unilateral; su contenido es la relación detallada, paz y salvo o compensaciones, revisión y ajustes de garantías; que procede en los contrato de tracto – sucesivo, en los declarados, por caducidad, terminados unilateralmente o pactados y que su término puede ser pactado o legal.

Si durante el término previsto en el contrato para la liquidación bilateral, el contratista, previa notificación de la Entidad, no concurre a liquidar el contrato, o concurriendo, no se logra acuerdo alguno, el supervisor o interventor del contrato designado por la Entidad puede hacer uso de la potestad de liquidación unilateral, dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término de liquidación bilateral, expidiendo acto administrativo motivado en contra del cual procede el recurso de reposición.

Ahora bien, vencidos los términos para la liquidación de común acuerdo y para la unilateral, la Ley 1150 de 2007 estableció que se podía liquidar el contrato por cualquiera de estas modalidades dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento de tales términos; período que coincide con el establecido para que opere la caducidad de la acción contractual. No obstante, si durante este último lapso es notificado el auto admisorio de la demanda encaminada a la liquidación del contrato, sólo el juez tendrá competencia para pronunciarse sobre la liquidación.

### ***Conclusiones del autor***

Como conclusiones presenta las siguientes:

Que la Entidad es incompetente para liquidar el contrato unilateralmente, cuando se ha vencido el término de caducidad de la acción contractual o se ha notificado el auto admisorio de la demanda.

Las partes pierden la oportunidad de liquidar unilateral o bilateralmente el contrato cuando se notifica a la parte demandada del auto admisorio de la acción contractual; es decir, la liquidación judicial del contrato.

La Ley ha previsto diferentes formas o modalidades de liquidación y cada una de ellas tiene un término para hacerlo, según intervengan las dos partes de común acuerdo o lo haga la Administración en forma unilateral.

Para la liquidación de los contratos estatales, se debe tener claridad que una es la competencia Administrativa y otra cosa muy diferente el término de caducidad de la acción, materia exclusivamente procesal.

Judicialmente se puede dar la liquidación contractual, por parte de la Administración, cuando se promueve dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del plazo del que dispone la Administración.

La liquidación bilateral o de común acuerdo de los contratos estatales puede ser realizada en cualquier momento antes del vencimiento del término de caducidad de la acción contractual respectiva.

### **RAI 3**

Goez Medina Aroldo Antonio (2010) en su investigación *Las Cláusulas Excepcionales Aplicables al Contrato Estatal*, plantea el siguiente problema: “Qué y cuáles son y cuáles no son las cláusulas excepcionales aplicadas al contrato estatal, debido a que no existe una

normatividad clara a cerca de éstas o una disposición taxativa que determine cuáles están dentro de esta categorización”.

Como objetivo principal el autor se planea realizar un análisis de manera liminar, del contrato estatal como categoría macro, para abordar definiciones que se hallan en la doctrina foránea sobre su categoría, y seguidamente realizar un estudio detallado las cláusulas excepcionales, subrayando aspectos como la definición, alcances y límites de cada una.

En efecto, en el país se acepta sin criticar lo establecido por la Ley, por cuanto se establece, que es contrato estatal, todo contrato donde participe una entidad estatal y, no importa si se aplican las cláusulas excepcionales o no y, se rigen por Ley 80 de 1993, sólo algunos contratos estatales regulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y, a los que se apliquen cláusulas excepcionales. Los demás serán contratos estatales, pero se rigen por el derecho privado, es decir Código de Comercio y Código Civil, pero conoce de estos contratos, la misma Jurisdicción contenciosa Administrativa, por el criterio orgánico, para determinar competencia en materia jurisdiccional, que estableció la Ley 1107 de 2006, pero el juez contencioso Administrativo aplicará derecho privado, cuando el contrato se rija por el derecho privado.

Como hipótesis se planteó que “Las cláusulas excepcionales son la reaparición en escena contractual de poderes ejecutorios de la administración, un injerto de poderes en un tronco de acuerdos; por tanto se afirma que son garrotes encerrados en cajas de seguridad.”

Seguidamente manifiesta que son garrotes, porque implica el ejercicio de mando, de la cual hace uso la entidad pública contratante, si fracasa la etapa de acuerdo previo y, en estuche o caja de seguridad porque la norma restringe fuertemente la discrecionalidad de la entidad

pública contratante, ya que solo puede hacer uso de ellas, para evitar la paralización de la obra o la afectación grave del servicio público.

### *Análisis*

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se estableció que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, la administración pública con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular podrá tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio.

Cuando la administración utilice alguna de estas prerrogativas, connota que las circunstancias fácticas que las producen deben ser:

- I. Excepcionales o las previstas en la propia ley
- II. Los motivos deben ser graves, ya que no cualquier hecho puede provocarlos.
- III. Los motivos graves lo son por su inconveniencia para el interés público.<sup>34</sup>
- IV. El no cumplimiento del objeto del contrato, puede conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el contrato.
- V. Que exista un intento de acuerdo previo con el contratista.<sup>35</sup>
- VI. Hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.

En lo que respecta a los actos administrativos, que se expiden durante el desarrollo y ejecución del contrato estatal, el contrato no es la fuente de donde abrevia el poder de la administración de expedir tales actos, sino que su fuente está únicamente en la ley y, porque esos poderes no los otorga el contrato y, por ende, su ejercicio no puede ser objeto de convenio.



Las cláusulas excepcionales que pueden utilizar las entidades estatales, son remedios que pueden utilizar éstas para el cumplimiento del objeto contractual y, por lo tanto son una herramienta de uso excepcional, cuya finalidad es evitar la paralización o afectación grave del servicio público, con prevalencia del interés público social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional.

Aunque se sabe que el estatuto de contratación su filosofía, es que en los contratos que celebre la administración pública, están gobernados por el principio de autonomía de la voluntad, lo cierto es que éste no puede invadir la esfera reservada para el principio de legalidad, máxime si la discusión gira en torno a una potestad o cláusula de tipo excepcional al derecho común y, por ello las cláusulas excepcionales requieren para la existencia y ejercicio en un contrato estatal, la expresa consagración legal y, ser ejercida en los términos fijados en la ley 80 de 1993 en su artículo 14.

### ***Conclusiones del autor***

Como conclusiones presenta las siguientes:

Las multas, no son cláusulas excepcionales, sino la materialización del debido proceso, para poder aplicar la cláusula excepcional de caducidad, dada su ontología sancionadora, hace imperioso aplicar primero las multas y, luego la cláusula excepcional de caducidad y, así evitar sorprender de manera furtiva, la entidad contratante a su contratista.

Se estableció, que la cláusula penal pecuniaria no es cláusula penal, por el hecho de no estar dentro de la nominación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero acontece con la expedición de la Ley 1150 de 2007, aunque no adquirió la calidad de cláusula excepcional, en la práctica se comporta como una cláusula excepcional, por cuanto puede hacer uso la entidad pública contratante, de manera unilateral a través de acto administrativo y, para paliar un poco

la omnipotencia en las multas y cláusula penal pecuniaria, le otorgó el derecho de audiencia al contratista, a la hora de su aplicación. Por lo que se llegó a la conclusión, de que jurídicamente, no es cláusula excepcional, pero materialmente son cláusulas excepcionales, porque son garrotes guardados en cajas de seguridad. Con la ventaja de que se aplica a todo tipo de contrato, nominado o innominado que celebre la administración pública.

Ciertamente, la liquidación del contrato no es una cláusula excepcional, en primer lugar porque no tiene la teleología de las primeras, debido a que no se liquida un contrato estatal, para evitar su paralización o afectación grave del servicio público, sino para extinguir el contrato estatal y, por ello su finalidad es ser un corte de cuentas, para responder las preguntas, quién debe a quién y cuánto.

Pero la entidad pública contratante en ejercicio de función pública, puede liquidar unilateralmente el contrato estatal, lo que no podría hacer el particular en sus contratos con otros particulares, por cuanto se vería abocado a acudir al proceso de rendición provocado de cuentas, para que el aparato jurisdiccional, basado en la prueba aportada por las partes, sea quien responda quién le debe a quién y cuánto. En cambio en la contratación estatal, la entidad pública contratante, toma la toga de la función pública y, expide un acto administrativo, donde liquida unilateralmente el contrato, por lo que guarecido en dicha potestad vuelve y coloca en situación de subordinación (no de indefensión) a su contratista, por lo que formalmente no está como cláusula excepcional (el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no la menciona), pero en sus efectos es muy parecida a las cláusulas excepcionales.

## MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

### Concepto de la Liquidación de los Contratos Estatales

Según dechile.net (2014), el diccionario etimológico más consultado en la web,

...la palabra liquidar está formada con raíces latinas y significa hacer líquido, saldar una cuenta, matar. Sus componentes léxicos son: *liquere* (ser fluido, estar en estado líquido). – *idus* (cualidad perceptible por los sentidos), más el sufijo – ar (usado para formar verbos).

Por su parte, el diccionario de la Real Academia Española, define la palabra liquidar como: “1. Hacer líquido algo sólido o gaseoso. 2. Hacer el ajuste formal de una cuenta. 3. Saldar, pagar enteramente una cuenta. 4. Poner término a algo o a un estado de cosas.”

Siguiendo el significado etimológico anteriormente citado, aunado al concepto de la Real Academia Española (RAE), máxima rectora de la lengua castellana, se observa que estas definiciones son similares al concepto de liquidación en la contratación estatal colombiana. Para definirlo, primero se procederá a resaltar las definiciones más importantes de doctrinantes de nuestro sistema jurídico, posteriormente se hará un recuento del concepto que tiene la jurisprudencia, concretamente el consejo de estado.

Aterrizando un poco el concepto de la liquidación a la esfera jurídica, el Diccionario de Contratación Estatal escrito por Pinzón (2014), define la figura de liquidación de los contratos como:

Se realizará entre las partes de común acuerdo dentro del término que se fije en el respectivo contrato o, a más tardar, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación. En esta etapa se acordarán los ajustes, revisiones, reconocimientos y transacciones a que haya lugar. Si no se llega a un acuerdo para liquidar el contrato de

manera bilateral, la Administración lo hará unilateralmente y tomará las medidas que sean necesarias para cumplir con las obligaciones y exigir los derechos que resulten de la liquidación. (p. 72)

Seguidamente, el precitado autor define la liquidación unilateral del contrato estatal:

Fracasada la etapa de liquidación bilateral de común acuerdo del contrato, la administración puede por mandato de la ley, proceder a la liquidación unilateral, la cual se debe efectuar por medio de la expedición de un acto administrativo donde se tomará las medidas que sean necesarias para cumplir con las obligaciones y exigir los derechos que resulten de la liquidación. Contra este acto de liquidación proceden por parte del contratista, los recursos típicos de la vía gubernativa. (P. 73)

Palacio (2014), define de manera general la liquidación:

En un sentido práctico, liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, razón por la cual ella se hace al final del cumplimiento de las obligaciones pactadas, pero puede que se den circunstancias para que ello se produzca en forma anticipada. (p. 541)

Según este exconsejero de Estado, la liquidación del contrato tiene como finalidad realizar un recuento histórico en el cual los obligados en el contrato estatal, o la administración unilateralmente, manifiestan de manera general el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas, con las variables que se hayan presentado en la ejecución del contrato.

Seguidamente, Palacio (2014) también conceptualiza específicamente la liquidación unilateral:

Se presenta cuando no es posible que por mutuo acuerdo la entidad y el contratista pueda hacerse el ajuste de cuentas para declararse recíprocamente a paz y salvo.

Ocurre cuando ha finalizado el contrato o cuando se presentan los otros eventos en que deban practicarse. Esta es realmente una facultad exorbitante de la administración, pues se impone la voluntad de la administración sobre la del particular y manifiesta la potestad general de dirección y control que debe ejercer ésta sobre el contrato. (p. 541)

Por último y no menos importante, se resalta la definición que trae el autor Jaime Orlando Santofimio (2004), actual Consejero de Estado, en su obra más reconocida y considerada como uno de los clásicos del derecho administrativo, en la cual hace alusión a la liquidación unilateral, haciendo una mención normativa al artículo 61 de la ley 80 de 1993 transcrito con antelación. En este punto es importante decir que dicha obra fue escrita con anterioridad a la derogatoria de dicha disposición y su actual regulación.

El aporte que se rescata de éste autor, es su posición acerca de los requisitos para que proceda la liquidación unilateral. Santofimio manifiesta que existen dos requisitos legales para que proceda esta figura, el primero es intentar agotar la posibilidad de la liquidación bilateral. Y segundo, se debe garantizar el debido proceso (establecido en el art. 29 de la Constitución Política de Colombia y los artículos del C.P.A.C.A.).

En cuanto al concepto de la figura en la jurisprudencia colombiana, la Consejera ponente Stella Conto Díaz Del Castillo define la liquidación:

La liquidación es una operación administrativa que sobreviene a la finalización de un contrato, por cumplimiento del plazo anticipadamente, con el propósito de establecer, de modo definitivo, las obligaciones y derechos pecuniarios de las partes y su cuantía. La liquidación del contrato entonces, constituye su balance final o ajuste de cuentas, entre la administración contratante y el particular contratista, con miras a finiquitar de una vez por

toda la relación jurídica obligacional (Consejo de Estado. Sala De lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicación Número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823).

***Concepto del investigador.***

La liquidación es un ajuste formal de cuentas, que se origina una vez termina la relación contractual ya sea por el cumplimiento a cabalidad del contrato estatal, o por alguna de las modalidades de terminación anticipada del mismo.

Lo anterior no significa que el contenido de la liquidación se limite simplemente a una operación aritmética, dado que, dentro de ésta puede establecerse por cualquiera de las partes declaraciones que conciernen a la relación contractual; como por ejemplo, el contratista puede dejar constancia que no le fueron cancelados sobrecostos que la administración no reconoce en la operación matemática de la liquidación. Resulta acertada la afirmación anterior, puesto que el concepto de la liquidación es más amplio que una ejercicio o balance financiero, puesto que puede contener otros actos jurídicos (como la transacción) y figuras (por ejemplo la compensación), que si bien tienen fundamento en operaciones matemáticas su naturaleza es compleja y eminentemente jurídico.

En sentido abstracto la liquidación no es un acto administrativo, debido a que el concepto general comprende tanto la liquidación bilateral como la unilateral, y resulta ilógico catalogar a la liquidación bilateral como acto administrativo; puesto que si traemos a colación la teoría general del acto administrativo, ésta define a los actos administrativos como decisiones unilaterales de la administración.

Ahora bien, lo anterior no se aplica cuando nos encontramos frente a una liquidación unilateral. Puesto que aquí se configura una decisión unilateral de la administración.

Colofón a lo anterior, se define la liquidación unilateral de los contratos estatales como un acto administrativo, en el cual la entidad estatal contratante realiza un cruce de cuentas, con el fin de determinar “quién le debe a quien y cuánto”, basándose en todos los documentos que comprenden el infolio del contrato estatal ya terminado.

De la misma manera, no puede concebirse la liquidación unilateral como un simple cruce de cuentas, puesto que, de igual forma que la liquidación bilateral, ésta contiene diversos actos jurídicos, que hace que dicho acto administrativo tenga un contenido complejo.

Seguidamente, es importante resaltar que éste acto administrativo, al ser de carácter particular debe notificarse al contratista, de manera personal, indicando que contra la decisión procede sólo el recurso de reposición. Lo anterior tiene su razón de ser en que en asuntos de contratación estatal, quien toma las decisiones es el representante legal, ordenador del gasto, o el delegado para ello, y por tanto no existe superior jerárquico, impidiendo que se configure el presupuesto del recurso de apelación, el cual es controvertir la decisión adversa ante el superior jerárquico de quien la profirió.

Para ser más preciso, la liquidación del contrato estatal corresponde al arreglo o ajuste económico, técnico y jurídico al que se llega en forma bilateral (de común acuerdo por las partes del negocio, unilateralmente (por la administración), por el juez o por el árbitro, según sea el caso, para determinar el estado final de la relación contractual, no sólo en cuanto al cumplimiento del objeto acordado y a recibo a satisfacción de los productos contratados (bienes o servicios), sino además, para definir la situación en la que quedan los contratantes, luego de la ejecución del contrato, en el sentido de disponer cuánto se adeudan, de qué manera y en qué plazos se han de efectuar los pagos pendientes y las condiciones para el establecimiento del respectivo paz y salvo.

### ***Diferencia entre liquidación, terminación y extinción del contrato estatal***

Para establecer un criterio sobre la debida clasificación y aplicación de la liquidación unilateral de los contratos estatales, resulta indispensable diferenciar tres conceptos disímiles:

Aunque la liquidación del contrato estatal es, de acuerdo con lo dicho, el balance técnico, jurídico y financiero del negocio que se produce, generalmente con posterioridad a la terminación normal o anormal del mismo, no por ello puede asociársele a válidamente a fenómenos como la terminación y la extinción del contrato.

Mientras la terminación es la expiración normal o anormal de la vigencia del contrato – también denominada vencimiento-, la extinción es el fenómeno que acaece cuando se reúne alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 1625 del Código Civil, es decir la disolución de la relación contractual, por la desaparición definitiva de todas las obligaciones; en tanto que la liquidación final es el balance técnico, financiero y jurídico, que se hace de un contrato terminado pero no necesariamente extinguido.

Análogamente cabe decir que la liquidación final del contrato, suele ser por regla general, una instancia intermedia entre la terminación y la extinción del vínculo contractual. No puede haber liquidación final si no ha cesado definitivamente la ejecución del contrato.

Al llegar aquí, no se puede pasar por alto la posición uniforme de la doctrina, entre la cual se encuentra la tesis del ya citado autor Palacio Hincapié (2014), el cual expresa:

Los contratos deben liquidarse cuando se hayan terminado normal o anormalmente, es decir, cuando las obligaciones originadas del objeto del contrato se hayan cumplido o cuando exista una causa que impida su terminación ya sea, por decisión judicial o por un acto unilateral de la administración, como la caducidad o la terminación unilateral, o por decisión originada en el mutuo acuerdo de las partes. Se



puede afirmar que en los casos de terminación anormal de un contrato debe hacerse su liquidación. (P. 469)

Antes de continuar se insiste en que los contratos tienen una duración determinada, un plazo determinado o determinable y una vez cumplido el objeto del convenio o vencido el plazo pactado, el contrato termina y sigue su liquidación con términos también legales. Es posible que se hagan liquidaciones parciales para definir paulatinamente aspectos jurídicos, técnicos y económicos de actividades contempladas dentro del objeto, pero no la liquidación final, pues aún se encuentra vigente el vínculo negocial.

De otro lado, en ciertos eventos, el contrato se extingue al liquidarlo- es decir, cuando no quedan obligaciones pendientes.- la terminación y la liquidación no conllevan necesariamente a su extinción. En otras palabras, a pesar que se liquide un contrato terminado, pueden existir determinados efectos u obligaciones derivadas del contrato, lo que permite existir la existencia de aquel, pues de lo contrario, no habría una fuente para que se mantuviera en pie dichas obligaciones.

Sucede así, por ejemplo, con la vigencia de ciertos amparos que conforman la garantía única de cumplimiento, como la estabilidad y calidad de obras, cuya duración es común que se extienda, al menos por cinco años, o como el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, vigente, mínimo por tres años, contados desde la finalización del plazo contractual, o con la obligación de mantener indemne al contratante frente a las reclamaciones o demandas de terceros, así el contrato hubiese terminado.

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que:

La liquidación del contrato, para aquellos casos que se requiere, ya sea ésta bilateral o unilateral, constituye el momento a partir del cual se entiende que el contrato en

cuestión ha finalizado y en consecuencia, cesan las obligaciones de las partes e inclusive las potestades del Estado para exigir directamente tales obligaciones, salvo lo que en la misma acta se prevea, aquellas obligaciones que han sido previamente pactadas como post-contractuales, tales como por ejemplo la estabilidad de la obra, la constitución de pólizas de garantía para avalarla, etc. (Consejo de Estado. Sala De lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Magistrado ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicación Número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823).

Obsérvese, como este pronunciamiento entiende que la liquidación no extingue por completo las obligaciones de un contrato vencido.

La jurisprudencia ha puntualizado que el acta de liquidación final del contrato es el medio idóneo para finiquitarlo y para terminar la relación existente entre las partes por razón del contrato; sin embargo, las partes contratantes pueden convenir que algunas de sus cláusulas contractuales permanezcan, aun cuando el contrato se haya liquidado, disposiciones estas que constituyen ley para las partes, salvo que estas mismas decidan dejarlas sin efecto.

Pero hay más: retomando la diferencia entre la liquidación y la terminación del contrato estatal, señalando que si bien, secuencialmente, la liquidación sucede a la terminación del contrato, entre ambas figuras existen marcadas diferencias, no solo porque la normatividad las ha distinguido al referirse a ellas (artículos 13, 19 22 y 287 del decreto-ley 222 de 1983, e inc. 2° del artículo 45 y artículos 16, 17, 60, 70 y 71 de la Ley 80 de 1993), sino porque mientras en vigencia del decreto ley 222 de 1983 la liquidación solo era exigible en los contratos de obra pública y suministro, la terminación se predica de manera general, de los contratos cuya duración se prolongue en el tiempo; además, mientras la liquidación del

contrato estatal se encuentra consagrada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los modos de extinción de las obligaciones se regulan en el código civil y de comercio. Por ello, se afirma en la providencia que si se entiende por terminación “la finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional de la administración”, los contratos pueden terminar de modo anormal o normal, mientras que la liquidación, como figura distinta y que sobreviene a la terminación del contrato, puede revestir alguna de las siguientes tres modalidades: bilateral, unilateral o judicial. En consecuencia, no hay lugar a confundir las figuras de la liquidación y de la terminación del contrato.

Recapitulando todo lo dicho y para cerrar éste capítulo, se resume que la terminación del contrato estatal se refiere a su vigencia, la extinción tiene que ver con la desaparición del vínculo jurídico entre las partes, siendo la liquidación el negocio jurídico, acto administrativo o providencia judicial, a través de la cual se hace el balance técnico, financiero y jurídico del contrato, luego de su terminación, declarando las obligaciones que quedan saldadas, pero también las que quedan pendientes, ya que si bien la liquidación por regla general parte del supuesto que el contrato ha terminado, no implica necesariamente la extinción del mismo, pues aunque las partes suscriban la liquidación, o quede ejecutoriado el acto administrativo o judicial que disponga liquidar el contrato, pueden subsistir obligaciones que tienen su fuente en el negocio jurídico principal, que, hasta que no se satisfagan, no permiten admitirlo como extinguido.

### **Concepto de Cláusula Excepcional**

Siguiendo con la metodología para desarrollar la pregunta objeto de estudio: ¿La liquidación unilateral es una cláusula excepcional de la administración?, resulta imperioso definir brevemente el concepto de cláusula excepcional.

De manera preliminar, es menester afirmar que la razón de ser de las cláusulas excepcionales o exorbitantes es el interés general, recordando que dicho postulado hace parte de los fines esenciales del Estado (Artículo 2 de la Constitución Política de Colombia).

En todos los contratos estatales está envuelto el interés general, por tanto, resulta difícil suponer la existencia de un contrato sin los poderes de dirección y control, pues el Estado quedaría maniatado, quedando relegado a un segundo plano el interés colectivo.

De acuerdo con la teoría general del Estado, es la misma entidad estatal quien ejecuta el contrato, por conducto del colaborador particular, pero es ella la que presta el servicio con el fin de solucionar una necesidad general y no el particular, pues éste tiene un interés particular de lucro, por tanto la Entidad estatal no puede renunciar a su poder de control.

Uno de los máximos juristas extranjeros citados y estudiados en Colombia, García de Enterría (1993), manifiesta al respecto:

La entidad no puede dejar al garete las actividades que son de su competencia y en las cuales deben obtener una ejecución correcta, cuyo resultado no puede ser reemplazado con la indemnización a la que sea condenado el contratista o con el monto de las multas que se le impongan, porque éstas no solucionan la necesidad de la comunidad insatisfecha. (p.703)

Colofón a lo anterior, es atinado afirmar que los poderes de control y dirección, conocidos también como cláusulas excepcionales, son herramientas para efectivizar la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado y materializar el principio del interés general.

Entrando en materia, en cuanto al concepto de cláusula exorbitante, Vedel (1980), las define como: “son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones

ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentido por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales” (p.191).

Las cláusulas excepcionales son entonces, las que confieren a una de las partes facultades de supremacía sobre la otra, que son ajenas a la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, razón por la cual resulta extraña en acuerdos privados, ya que corresponden a prerrogativas que la ley le confiere exclusivamente a las entidades públicas. Es la norma superior, la ley, la que otorga la supremacía que ostenta la administración, por lo que dichas cláusulas no derivan su fuerza vinculante del contrato.

Lo dicho anteriormente, concuerda con la definición que trae Palacio (2014), de la naturaleza de las cláusulas excepcionales:

No tienen la naturaleza de cláusulas o estipulaciones contractuales, pues si se omiten en el contrato, no significa que se haya renunciado a ellas, ni procede su renuncia, por el contrario, deben entenderse tácitamente incorporadas en el contrato aunque no se hayan pactado en forma expresa. (p.427)

### **La Liquidación Unilateral Es Respetuosa De La Garantía Constitucional Del Debido Proceso**

La liquidación unilateral de contrato, tal como se encuentra establecida en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, es siempre, subsidiaria del intento de liquidación bilateral (como expresión de la garantía fundamental del debido proceso), ya que la primera sólo procede si el contratista particular no se presenta previo llamado a la entidad o si las partes no llegan a un acuerdo sobre su contenido.

En cualquiera de estos dos eventos, la entidad expedirá un acto administrativo motivado que contenga la liquidación; Frente al cual procede un recurso de reposición. Incluso

la liquidación unilateral es subsidiaria de la bilateral cuando se produce la terminación anormal del contrato, por incumplimiento grave imputable al contratista, que conduzca la declaratoria de caducidad.

Adviértase, que aun en caso de mi cumplimiento que con lleve a la terminación y liquidación anticipada, es necesario que se respete el procedimiento previsto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993 en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, intentando primero con el contratista de la liquidación unilateral.

Habrà que decir también que varias disposiciones de la ley 80 permiten la liquidación por terminación anticipada:

(I) En caso de renuncia del contratista a la ejecución del contrato por alteración de su valor en un 20%, como consecuencia de la modificación unilateral efectuada por la entidad contratante, el artículo 16 establece que se ordenara la liquidación del contrato. Nada obsta para que la entidad también este obligada a intentar acordar con el contratista el contenido de dicha liquidación, de tal manera que ésta sea bilateral, pues del artículo citado no se desprende que tenga que ser automáticamente unilateral.

(II)El artículo 18 de la ley 80 dispone que la entidad estatal declarara la caducidad del contrato si se presenta algún hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista cuando reúna unas condiciones especiales; Seguidamente la administración da por terminado y ordenara su liquidación en el estado en que se encuentre, lo que significa que la declaratoria de caducidad da lugar a la liquidación del contrato, pero se debe intentar hacerlo de muto acuerdo.

(III)El artículo 45 permite terminar el contrato en los eventos de declaratoria de nulidad absoluta detallados en la misma ley, pero incluso en este caso, es necesario brindarle

al contratista la oportunidad de liquidar el contrato con la entidad, antes de que se expida la liquidación unilateral.

(IV) Por último, también puede liquidarse el contrato (intentando previamente hacerlo bilateralmente, antes de que la entidad lo haga directamente) así las normas no lo establezcan de manera expresa como por ejemplo, los eventos de terminación unilateral estipulados en el artículo 17 de la ley 80, en el cual el ordenamiento permite a la entidad terminar el contrato sin contar con el consentimiento del contratista, ello no es óbice para que lo convoque la liquidación.

Corolario de lo anterior, la liquidación unilateral puede darse en dos escenarios: Ante la terminación normal o anormal del contrato pero siempre luego de intentar la liquidación bilateral.

Paralelamente, es preciso precisar que en la liquidación unilateral como expresión del poder estatal derogatorio del derecho común, solo procede en los casos en que de conformidad del artículo 60 de la ley 80 el contrato requiera liquidarse, y es en tales opuestos que la unilateralidad será subsidiaria del intento de liquidación bilateral. En otras palabras, si un contrato requiere liquidarse luego de su terminación normal o anormal, debe convocarse al contratista, para intentar llegar con el aun acuerdo sobre el contenido del acta, y luego de transcurridos los términos convencionales o legales, podría expedirse el acto administrativo respectivo. Sin embargo, lo cierto es que si el contrato estatal no requiere liquidarse como por ejemplo uno de prestación de servicios, y no obstante, la entidad la liquida unilateralmente, el acto administrativo expedido de esta manera se encontrara viciado de nulidad por falta de competencia.

La anterior afirmación tiene fundamento en decisión jurisprudencial del Consejo de Estado, cuyo consejero ponente Danilo Rojas consideró:

(...) Al decir que la entidad contrate solo puede proceder a la liquidación unilateral del contrato en aquellos contrato que lo requieren, argumentando, que, en material contra actual, la administración únicamente debe actuar en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, y portante, solamente podrá efectuar si se dan las circunstancias que la ley contempla para ello, pues de lo contrario, estará actuando por fuera del ámbito de su competencia. (Consejo de Estado. Sala De lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicación Número: 27001-23-31-000-1995-02484-01 (15935)).

Pero hay más: en la actualidad existe un relativo consenso en el sentido que la prerrogativa estatal, encabeza las entidades públicas sometidas al régimen general de la contratación de la administración pública que se ejerce por medio de la expedición de un acto administrativo.

Para analizar ambas tesis, se entrará a analizar la naturaleza de la liquidación unilateral de contrato estatal en el siguiente capítulo con el fin de responder la pregunta objeto de investigación: ¿La liquidación unilateral de los contratos estatales hace parte del catálogo de cláusulas excepcionales de la administración?

### **Naturaleza de la Liquidación del Contrato Estatal**

A pesar de que es mayoritaria la consideración de la liquidación unilateral como acto administrativo, se han presentado distintas tesis al interior del Consejo de Estado.



***Tesis que sostiene que la liquidación es un acto administrativo***

La positiva reconoce el carácter de acto administrativo de la liquidación unilateral, admitiendo por tanto que constituye una decisión del órgano, por ende, contiene todos los atributos otorgados a los actos administrativos, reconocidos y desarrollados por el máximo órgano de la jurisdicción Contencioso-Administrativa de la siguiente manera:

1. Posee presunción de legalidad y ejecutoriedad

La honorable Magistrada Olga Mérida Valle de la Hoz, reconoce estos atributos en la liquidación del contrato estatal, al expresar que: “el acto administrativo de liquidación de un contrato, una vez ejecutoriado y en firme, queda amparado por la presunción de veracidad en todos sus aspectos de hecho y derecho y solamente es susceptible de impugnación en Acción Contractual ante esta Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.” (Consejo de Estado. Sala De lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Radicación Número: 66001-23-31-000-1992-03634-01 (16107)).

En otras palabras, que una vez media el acto de liquidación unilateral la única forma de controvertir aspectos relacionados con la celebración o ejecución del contrato es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el acto administrativo que contiene la misma, circunstancia que torna exigente, como lo señala la sentencia referida, la formulación de la causa *petendi* y el fundamento jurídico de responsabilidad, pues será requisito sine qua non deprecar la declaratoria de ilegalidad (total o parcial) del acto que contiene la liquidación así como la indicación y el desarrollo del concepto de la violación en el que se apoya la censura respectiva.

2. Imposibilidad de revocarlo sin el consentimiento expreso del particular, si es favorable al contratista. El Magistrado Carlos Betancur Jaramillo, define este atributo de la liquidación:

(...) es conocido que frente a los actos administrativos particulares y concretos, en razón a la protección a la buena fe y a la seguridad jurídica, por regla general, se requiere la autorización expresa y escrita de los particulares para su revocatoria. Lo anterior, está ligado entonces al respeto al acto propio, al igual que a la inmutabilidad del acto administrativo. Por lo demás, suponer que la Administración puede revocar unilateralmente sus actuaciones, cuando quiera que ellas han reconocido un derecho particular y concreto, sería convalidar un pernicioso factor de inseguridad, al igual que un quebranto a los principios de la buena fe y de la confianza legítima de haber adquirido derechos con el justo título del acto proferido por la Administración (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación Número: 5655.)

3. La notificación personal al contratista para que le sea oponible al contratista, pues de lo contrario se puede solicitar la liquidación judicial, como si la unilateral no se hubiera realizado.

El consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, expresa que:

La Corporación, partiendo de una racional interpretación del artículo 45 del C.C.A., ha estimado en reiterada jurisprudencia que la notificación principal y la que más interesa al derecho de defensa es la notificación personal, de allí que la Administración deba desplegar la mayor actividad posible para hacerla efectiva, y que solo cuando las circunstancias no permitan lograrla es cuando le está autorizado

acudir a la notificación por edicto, lo que significa que ésta es subsidiaria de la notificación personal, de modo que no es viable dar como surtida la notificación cuando debiéndose hacer personalmente se acuda al mecanismo del edicto en ausencia de actividad administrativa encaminada a realizarla en la primera forma. De manera congruente con esto último, la conducta desplegada por parte de INYCONEL da a entender que desconocía el acto administrativo de liquidación unilateral del Contrato 1647, puesto que obra en el plenario una carta enviada por INYCONEL a EADE, de fecha 11 de agosto de 1989, es decir con posterioridad a la notificación por edicto de la liquidación unilateral, mediante la cual le solicitaba a la entidad estatal que procediera con la liquidación del contrato; en el mismo sentido, dentro de las pretensiones consecuencial de la primera pretensión de la demanda, se encuentra la de que “se proceda a la liquidación del contrato por vía judicial”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicación Número: 05001—23-26-000-1987-06047-01(7430))

De lo dicho por el Consejo de Estado, es claro entonces que se debe realizar la notificación personal del acto administrativo de liquidación unilateral al contratista, puesto que de no ser así, dicho acto no le es oponible y por ende, se procederá a efectuarse la liquidación judicial del contrato estatal cuando éste la solicite ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por supuesto, no se puede continuar con la argumentación de la tesis contraria, sin antes mencionar la sentencia hito, que representa la tesis hasta aquí mencionado. En dicha decisión, el doctor Danilo Rojas Betancourth, expresa que en relación con la liquidación unilateral del contrato, se trata de una facultad que el legislador otorga a las entidades estatales

para ser ejercida mediante la expedición de un acto administrativo, en aquellos eventos en los cuales los contratos no pueden liquidarse de común acuerdo con el contratista dentro del plazo estipulado para ello en el respectivo pliego de condiciones o en el contrato (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-1993-08365-01(14461)).

En la posición personal del investigador, ésta es la tesis jurídicamente razonable, por cuanto, como lo expresa el Consejo de Estado en el recuento jurisprudencial hecho en este acápite, la liquidación unilateral cuenta con todos los atributos de un acto administrativo, y por ende, debe considerársele como tal. Por otra parte, es muy respetable la tesis contraria, debido a que la liquidación es un acto complejo que da lugar a distintos pensamientos.

***Tesis que sostiene que la liquidación no es un acto administrativo***

Como expresión de la tesis negativa, en algunas providencias el Consejo de Estado sostuvo que no todo el contenido de la liquidación unilateral del contrato constituía un acto administrativo, negando tal naturaleza a los aspectos que no eran producto de una facultad exorbitante y que, por tanto, podían someterse al conocimiento de la justicia arbitral. Sustentando esta doctrina en la premisa de que para una decisión unilateral fuera un acto administrativo debía expedirse en utilización de una prerrogativa exclusiva del Estado o como producto de autoridad.

En tal sentido, dio a entender que el contenido de la liquidación unilateral podía escindirse, por ser de naturaleza plural, para distinguir una parte con categoría de acto administrativo y otra que no lo es, ubicando en la última las decisiones que niegan o reconocen un derecho reclamado por el contratista, pues según lo expreso la Corporación, estas definiciones no implicaban como tal el ejercicio de una prerrogativa estatal; Conclusión

errada a todas luces, pues para que una decisión unilateral del Estado o de un particular expedida en ejercicio de función administrativa constituye un acto administrativo, no es necesario que sea el producto de una potestad exorbitante, pues si bien la función administrativa es la fuente del acto, dicha función no se circunscribe a la utilización de prerrogativa de poder público.

A esta tesis pertenece el Magistrado Germán Rodríguez Villamizar, quien expresó:

En otro términos, la determinación de liquidación unilateral del contrato, en cuanto decisión que profiere la administración en uso de una potestad propia y exclusiva del estado en ejercicio de función administrativa para poner término al contrato, no posible ni asimilable en las relaciones entre particulares, indiscutiblemente constituye acto administrativo. Pero no puede predicarse que todos los hechos o declaraciones contenidas en el documento que desarrolla tal decisión, tengan ese mismo carácter. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera.

Radicación Número: 73001—23-31-000-1999-9333-01(19333))

Lo anterior fue reiterado en providencia del 11 de marzo de 2004, en la que confundiendo nuevamente la naturaleza del acto administrativo de liquidación unilateral, con el ejercicio de poderes exorbitantes por parte de la administración, se dijo que esta no podía resolver unilateralmente las controversias contra actuales, como por ejemplo reconocer o negar en un establecimiento económico del contrato, por tratarse de una facultad de las partes o de la jurisdicción de tal manera que si la liquidación unilateral se pronunciaba sobre estos aspectos no era un acto administrativo. Al respeto, la Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez afirmó que:

Entonces en el evento en el que el acto de liquidación la administración decida en el sentido de reconocer o negar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, por ello tal decisión particular no adquiere el carácter de acto administrativo, ya que como se dio atrás tal competencia está deferida a las partes y comporta por tanto el ejercicio de una facultad que podría tomar también los particulares en desarrollo de sus facultades negociales. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicación Número: 11001—03-26-000-2003-0022-01(25021))

Pero la distinción que se hace en las providencias anteriormente referidas resulta innecesaria, porque independiente del contenido de la liquidación unilateral, esta comporta, de por sí, una potestad exorbitante del Estado, y por tanto todo lo que se incorpore al acto administrativo es desarrollo directo de dicha prerrogativa. Negar lo anterior y patrocinar la escisión del objeto del acto administrativo resulta sumamente riesgoso, además de infortunado para la seguridad jurídica.

Por consiguiente, no cabe duda que la liquidación unilateral es un acto administrativo, porque constituye una declaración unilateral de voluntad de una entidad, en ejercicio de función administrativa, encaminada producir efectos jurídicos, frente al contratista e incluso frente a ella misma, amparada por los atributos de la presunción de legalidad y la ejecutoriedad.

### ***La Liquidación Unilateral del Contrato es una Potestad Exorbitante***

La liquidación unilateral también constituye una potestad exorbitante del Estado, concordando la opinión del suscrito con la de la doctrina, “es una facultad exorbitante de la

administración mediante la cual se impone la voluntad de la entidad a la del particular, expresión de la potestad general de dirección y control que debe ejercer sobre el contrato” (Palacio 2014. P.467).

De conformidad con lo anterior, una vez transcurre el término convencional o legal de cuatro meses, más los dos meses adicionales, siguientes a a finalización del contrato, al acto administrativo que ordene su terminación a la declaratoria de caducidad, a la administración le queda la potestad exorbitante de practicar la liquidación, en forma unilateral, mediante acto administrativo susceptible del recurso de reposición, exorbitancia que consiste precisamente, en que la liquidación se lleva a cabo sin el consentimiento del contratista, obligándole incluso en contra de su voluntad. Sin embargo es una prerrogativa limitada, porque deberá agotarse previamente el intento de liquidación bilateral, como garantía del debido proceso del contratista.

Podría discutirse que la liquidación unilateral del contrato estatal sea una potestad exorbitante, como quiera que no se encuentra consagrada en los artículos 14 a 19 de la ley 80 de 1993, los cuales se refieren a la interpretación, modificación y terminación unilaterales, así como a la caducidad y a la reversión, pero no a la liquidación unilateral. Sin embargo, debe precisarse que no toda potestad exorbitante es una cláusula excepcional y que la liquidación a pesar de no ser una cláusula excepcional es, sin duda una potestad exorbitante, porque: (I) Solo opera bajo la titularidad del Estado y no del contratista particular, (II) Por medio de ella el ente contratante público se ubica en pie de superioridad frente al contratista, (III) Mediante él se impone el poder del Estado frente a la voluntad del contratista y (IV) Se materializa en un acto administrativo.

De otro lado, las potestades exorbitantes no son solo las previstas en los artículos 14 a 19 de la ley 80, pudiéndose afirmar, por tanto, que en el artículo 11 de la ley 1150 está establecida una potestad similar, para liquidar unilateralmente los contratos. ¿Por qué negarle entonces el carácter de exorbitante?

La consideración de la liquidación unilateral como potestad exorbitante fue defendida por el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero del 2013, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero; fallo en el que luego de reconocer su naturaleza de acto administrativo (Lo que impide que los árbitros se pronuncien sobre su validez) y de mostrar las distintas vacilaciones jurisprudenciales sobre el carácter exorbitante o excepcional de la liquidación unilateral, asumen una postura afirmativa de esta idea, acogiendo lo dicho en la sentencia del 18 de Junio del 2012, en la cual se indicó precisamente:

La liquidación bilateral supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finalizan la relación negocial. Ahora bien, la liquidación unilateral se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista a cerca de la forma como termina el negocio jurídico. Se trata ni más ni menos, que de una exorbitancia en manos públicas, porque la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del negocio, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato. (Consejo de Estado. Sala de



lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C. Radicación Número: 23.519)

Así pues, la liquidación unilateral del contrato estatal es una potestad exorbitante de las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública, pues resulta extraña al derecho privado. Por lo anterior, no pueden liquidar unilateralmente sus contratos las entidades que de acuerdo al artículo 13 de la ley 1150 de 2007, se someten en materia contractual a las normas que regulan su actividad industrial y comercial, o a otras leyes y no al estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, salvo en cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución.

En consecuencia, a pesar de que el Auto del 18 de julio de 2007, el Consejo de Estado dio a entender que era posible que se pactara, en los contratos estatales regidos por el derecho privado, la posibilidad de resolver el contrato (condición resolutoria expresa) por grave incumplimiento de las obligaciones, como facultad de ambas partes, así como la liquidación unilateral subsiguiente, siempre que la parte que hiciera uso de esta alternativa hubiese cumplido sus obligaciones contractuales, con fundamento en los artículos 1602, 1603 y 1609 del c.c. y 871 del C. de C., dicho argumento no resulta válido, porque en las precitadas normas civiles y comerciales no se encuentra prevista la competencia sustantiva de la liquidación unilateral de los contratos, a favor de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de las Entidades Públicas, y como bien se sabe, al tratarse de una potestad exorbitante, la competencia para ejercerla goza de reserva constitucional y legal. Quiere decir lo anterior que ni siquiera las entidades excluidas al régimen general podrían contemplar en sus reglamentos internos de contratación, una “competencia” para liquidar unilateralmente los

contratos que celebren, o pactarla en los contratos, así el contratista lo consienta, pues al ser una norma de orden público, ni la potestad reglamentaria, ni la autonomía de la voluntad, tiene la virtualidad de disponer sobre aquello que goza de reserva constitucional y legal. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicación Número: 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838)).

Por último, conviene anotar que al ser la liquidación unilateral una potestad exorbitante, tampoco procede en los contratos interadministrativos, pues una interpretación sistemática del párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993, que establece que en los contratos interadministrativos se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales y del 11 de la ley 1150 de 2007, que establece la liquidación unilateral como poder excepcional del Estado, permite inferir que no puede liquidarse los contratos interadministrativos, porque en este tipo de relaciones contractuales las partes se ubican en condición de igualdad, sin que la una pueda ostentar exorbitancias de la otra.

## CONCLUSIONES

Como primera conclusión, se puede afirmar que se resuelve la hipótesis planteada al inicio de esta investigación: La figura de la liquidación unilateral de los contratos estatales viene siendo tratada tanto en la noma como en la jurisprudencia y doctrina, sin embargo falta determinar si es componente de las cláusulas excepcionales o es potestad exorbitante de la administración pública.

En el desarrollo del escrito se determinó que no toda potestad exorbitante es una cláusula excepcional y que la liquidación a pesar de no ser una cláusula excepcional es, sin duda una potestad exorbitante, porque: (I) Solo opera bajo la titularidad del Estado y no del contratista particular, (II) Por medio de ella el ente contratante público se ubica en pie de superioridad frente al contratista, (III) Mediante él se impone el poder del Estado frente a la voluntad del contratista y (IV) Se materializa en un acto administrativo.

Aunado a lo anterior, otro argumento para afirmar que la liquidación unilateral es una potestad exorbitante de la administración, consiste en que las potestades exorbitantes no son solo las previstas en los artículos 14 a 19 de la ley 80, pudiéndose afirmar, por tanto, que en el artículo 11 de la ley 1150 está establecida una potestad similar, para liquidar unilateralmente los contratos. Entonces, no debe negársele el carácter de exorbitante a esta figura.

Otro punto que merece ser resaltado, es la competencia para ejercer o realizar la liquidación unilateral de los contratos estatales. Cabe reiterar que al ser la liquidación una potestad exorbitante de la administración, sólo tendrá competencia para su ejercicio las entidades públicas sometidas al Régimen General de la Contratación Pública. Y en consecuencia, por lógica, quedan excluidas de dicha competencia las entidades públicas que se encuentran bajo el régimen de excepción al Estatuto General de la Contratación Pública.

También conviene anotar que al ser la liquidación unilateral una potestad exorbitante, no procede en los contratos interadministrativos, pues así de infiere después de realizar una interpretación sistemática del párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993.

A continuación, se afirma que se cumplió con el objetivo específico de “Describir los fundamentos jurídicos de la liquidación unilateral de los contratos estatales”. De lo anterior se rescata que La liquidación de los contratos estatales no tiene su origen en la ley 80 de 1993, sino que ya venía siendo detallada en normas anteriores, tales como el decreto 150 de 1976, el Decreto Ley 222 de 1983 en las cuales, se desarrolla la oportunidad para realizarla, la competencia y en que eventos procede.

A su vez, también se evidenció que la ley 80 de 1993 hace una descripción de la figura en sus artículos 60 y 61 (los cuales están actualmente derogados), pero también hace mención a la liquidación de los contratos estatales en varios de sus apartes como por ejemplo, el Artículo 16 que trata de que en el evento que se haga efectiva la cláusula de rescisión a favor del contratista, se procederá a la liquidación del contrato. El Artículo 18, considera que, cuando la entidad pública declare la caducidad del contrato, se procederá inmediatamente a su liquidación. El Artículo 24.5 literal f, establece que en los pliegos de condiciones se debe establecer el plazo de liquidación del contrato y los términos en que se debe realizar. El Artículo 45, dispone que cuando se declare la nulidad absoluta del contrato por las causales 1, 2 y 4 del artículo 44 *ibídem*, el representante legal o jefe de la entidad procederá a liquidar el contrato *ipsoiuris*.

Por último, en cuanto a los fundamentos legales, la norma vigente, que trata el tema en concreto es la ley 1150 de 2007, en sus artículos 11 y 32.

En la actualidad existe una discrepancia sobre la naturaleza del acto de liquidación unilateral de los contratos estatales, en cuanto a que si éste, constituye o no un acto administrativo. Es por esto que se planteó como un objetivo específico, identificar la relevancia de clasificar la liquidación unilateral de los contratos estatales como acto administrativo.; El cual se desarrolló a cabalidad en la presente investigación.

Como lo expresa el Consejo de Estado en el recuento jurisprudencial hecho en el respectivo acápite, la liquidación unilateral cuenta con todos los atributos de un acto administrativo, y por ende, debe considerársele como tal.

Dentro de los atributos encontramos que posee una presunción de legalidad y ejecutoriedad. Es decir, que una vez media el acto de liquidación unilateral la única forma de controvertir aspectos relacionados con la celebración o ejecución del contrato es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el acto administrativo que contiene la misma.

Otro atributo con el que cuenta el acto administrativo de liquidación unilateral es la imposibilidad de revocarlo sin el consentimiento expreso del particular, si es favorable al contratista.

También goza del atributo de La notificación personal al contratista para que le sea oponible al contratista, pues de lo contrario se puede solicitar la liquidación judicial, como si la unilateral no se hubiera realizado. se debe realizar la notificación personal del acto administrativo de liquidación unilateral al contratista, puesto que de no ser así, dicho acto no le es oponible y por ende, se procederá a efectuarse la liquidación judicial del contrato estatal cuando éste la solicite ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por otra parte, es muy respetable la tesis contraria, debido a que la liquidación es un acto complejo que da lugar a distintos pensamientos. Dicha sostiene que no todo el contenido de la liquidación unilateral del contrato constituye un acto administrativo, negando tal naturaleza a los aspectos que no eran producto de una facultad exorbitante y que, por tanto, podían someterse al conocimiento de la justicia arbitral.

No cabe duda que la liquidación unilateral es un acto administrativo, porque constituye una declaración unilateral de voluntad de una entidad, en ejercicio de función administrativa, encaminada producir efectos jurídicos, frente al contratista e incluso frente a ella misma, amparada por los atributos de la presunción de legalidad y la ejecutoriedad.

El último objetivo específico planteado es establecer un criterio sobre la debida clasificación y aplicación de la liquidación unilateral de los contratos estatales. Para ello, primero se analizaron diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales del concepto de la liquidación unilateral; de las cuales se extrajo un concepto propio:

Se define la liquidación unilateral de los contratos estatales como un acto administrativo, en el cual la entidad estatal contratante realiza un cruce de cuentas, con el fin de determinar “quién le debe a quien y cuánto”, basándose en todos los documentos que comprenden el infolio del contrato estatal ya terminado.

Después de realizado el estudio de tres conceptos utilizados en ésta área del derecho; la terminación del contrato, la extinción del contrato y la liquidación, se concluye que: la terminación del contrato estatal se refiere a su vigencia, la extinción tiene que ver con la desaparición del vínculo jurídico entre las partes, siendo la liquidación el negocio jurídico, acto administrativo o providencia judicial, a través de la cual se hace el balance técnico, financiero y jurídico del contrato, luego de su terminación, declarando las obligaciones que

quedan saldadas, pero también las que quedan pendientes, ya que si bien la liquidación por regla general parte del supuesto que el contrato ha terminado, no implica necesariamente la extinción del mismo, pues aunque las partes suscriban la liquidación, o quede ejecutoriado el acto administrativo o judicial que disponga liquidar el contrato, pueden subsistir obligaciones que tienen su fuente en el negocio jurídico principal, que, hasta que no se satisfagan, no permiten admitirlo como extinguido.

Por otra parte, antes de concluir la investigación, como aporte personal se propone que no es necesario realizar una intervención de la rama legislativa, para aclarar y desarrollar la figura de la liquidación unilateral de los contratos estatales, puesto, que dicha tarea puede quedar inconclusa (ya que el trámite legislativo es engorroso y no siempre prosperan los proyectos de ley), o mal realizada, (al expedirse una ley que contenga ambigüedades o que carezca de claridad sobre el tema). Tampoco resulta pertinente endosar dicha tarea a la rama ejecutiva, puesto, que como regla general, entre otras cosas ésta se encarga de reglamentar normas expedidas por el legislativo, y no es conducente en el particular, que reglamente una figura que tiene un desarrollo incipiente en la legislación colombiana.

Por descarte, queda entonces en cabeza de la rama del poder público judicial, concretamente el Consejo de Estado (Máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa). Es ésta, y no otra alta corte debido a la especificidad del tema a tratar.

Lo anterior tiene su razón de ser, en la Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto, uno de los fines de la referida ley, es darle importancia al precedente jurisprudencial, generando así seguridad jurídica unificando criterios jurisprudenciales.

Colofón a lo anterior, el Consejo de Estado debe expedir una sentencia que constituya presente jurisprudencial, preferiblemente a juicio del autor, una sentencia de Importancia Jurídica (IJ), en la cual, la Corporación unifique su criterio y resalte la exorbitancia de la liquidación unilateral de los contratos estatales, entre otros temas de la figura, como lo son también la oportunidad para liquidar unilateralmente un contrato, o el tema del carácter de acto administrativo de la liquidación unilateral, temas que generan discusión no solamente a nivel académico sino práctico.

En consecuencia de lo anterior, tanto los jueces como las entidades estatales empezarán a aplicar la *ratio decidendi* de dicha Sentencia, generándose una estabilidad en torno a la figura.

Seguidamente también se hace una invitación formal, a los juristas y académicos de la contratación estatal, para que enriquezcan la doctrina, dando a conocer más posturas en torno a la estructuración y aplicación de la liquidación, con el fin de generar debate y discusión para crear una figura eficaz que sea una herramienta de la administración pública que ayude a cumplir los fines estatales.



## REFERENCIAS

Diccionario etimológico. <http://etimologias.dechile.net>

Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae>

García de Enterría, E. y Tomás Ramón Fernández (1993). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Editorial Civitas S.A. (Madrid)

Palacio Hincapié, J.A. (2014). *La Contratación de las Entidades Estatales* (Séptima edición). Librería Jurídica Sánchez. Medellín.

Pinzón Alameda A. (2014). *Diccionario de contratación estatal* (Primera edición). Legis.

Santofimio Gamboa, J.A. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV (Primera edición).

Vedel Georges. *Derecho administrativo*, (Traducción de la sexta edición francesa). Biblioteca Jurídica Aguilar

### **Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)**

Autor (es). Año. Título y Tipo de trabajo. Institución.

Niño Zambrano, Arturo (2011). *Cláusulas Excepcionales En Contratos Estatales*. Ensayo Para Optar Por El Título De Especialista En Contratación Estatal. Universidad De La Sabana.

Chacón Muñoz, Roció Marlen (2011). *La Oportunidad En La Liquidación De Los Contratos Estatales*. Ensayo Para Optar Por El Título De Especialista En Contratación Estatal. Universidad De La Sabana.

Goez Medina, Aroldo Antonio (2010). *Las Cláusulas Excepcionales Aplicables Al Contrato Estatal*. Monografía Para Optar Al Título De Abogado. Universidad De Antioquia.

### **Normatividad**

Decreto 150 de 1976.

Decreto 222 de 1983.

Ley 80 de 1993.

Ley 1150 de 2007.

### **JURISPRUDENCIA**

#### **Consejo de Estado**

Sentencia del 18 de octubre de 1989. Consejero Ponente. Carlos Betancur Jaramillo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación Número: 5655.

Sentencia del 04 de julio de 2002. Consejero Ponente. Germán Rodríguez Villamizar. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicación Número: 73001—23-31-000-1999-9333-01(19333).

Sentencia del 11 de marzo de 2004. Consejero Ponente. María Elena Giraldo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicación Número: 11001—03-26-000-2003-0022-01(25021).

Sentencia del 20 de abril de 2005. Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Sala De lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicación Número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823).

Sentencia del 28 de abril de 2010. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicación Número: 05001—23-26-000-1987-06047-01(7430).

Sentencia del 6 de abril de 2011. Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sala De lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicación Número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823).

Sentencia del 10 de abril de 2011. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicación Número: 27001-23-31-000-1995-02484-01 (15935).

Sentencia del 31 de enero de 2011. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz. Sala De lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Radicación Número: 66001-23-31-000-1992-03634-01 (16107).

Sentencia del 30 de enero de 2013. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C. Radicación Número: 23.519

**Corte Suprema de Justicia**

Sentencia N°. 83 de 24 de agosto de 1983. Magistrado Ponente: Manuel Ganoa Cruz.