

**JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LIQUIDACIÓN
CONTRATOS ESTATALES**

LUZ ENID VÁSQUEZ ARANDA



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ DC.

2016

**JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LIQUIDACIÓN
CONTRATOS ESTATALES**

LUZ ENID VÁSQUEZ ARANDA

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de: Especialista
en Contratación Estatal**

I

Director: David Garcia Vanegas

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL**

BOGOTÁ DC.

2016

INTRODUCCIÓN

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Área problemática

Proposiciones

Interrogativa: ¿Se hallan realmente alternativas que suplan de manera práctica las supuestas falencias que tiene la interpretación del Consejo de Estado en el tratamiento de la liquidación de los contratos estatales?

Afirmativa: Las opciones para aplicar la liquidación de los contratos estatales por parte del Consejo de Estado presentan dificultades en relación con otras fuentes.

Negativa: Se presentan falencias importantes en las explicaciones planteadas a partir de la interpretación del Consejo de Estado, ya que las modalidades de liquidación que ésta Corporación aplica son insuficientes para una hermenéutica jurídica válida en referencia a la liquidación de los contratos.

Dubitativa: ¿Existe la probabilidad de que posiblemente la interpretación del Consejo de Estado sea complementaria a otros principios establecidos en las dinámicas de liquidación de los contratos estatales sin necesidad de establecer una exclusión entre ambas eventualidades?

Categorías problemáticas.

Alternativas contrarias a los planteamientos del Consejo de Estado

Jurisprudencia del Consejo de Estado

Dificultades en la liquidación de los contratos estatales

Solución de dificultades

Liquidación de los contratos estatales

Problema

En la liquidación del contrato estatal por mutuo acuerdo (unilateral o bilateral) se presentan dificultades relacionadas con la posición del Consejo de Estado que no es coincidente con lo establecido por la normatividad.

Justificación

Existen tres modalidades de liquidación de los contratos estatales: bilateral, unilateral y judicial. El primero debe realizarse dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato; salvo que las partes pacten otro término, si no existe acuerdo o el contratista no se presenta a la liquidación o se rehúsa a una liquidación bilateral, la entidad contratante ejerce su potestad y liquida unilateralmente el contrato mediante la expedición de una resolución que dispone de los dos meses siguientes a la finalización de los cuatro meses del intento de liquidación de común acuerdo; y si la entidad contratante no liquida unilateralmente el contrato en estos seis meses, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

En la historia jurisprudencial colombiana reciente se han presentado disparidades en términos de la hermenéutica jurídica respecto de materias relativas a: “los reconocimientos por la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato, las prestaciones que se ejecutaron y que no se previeron en el contrato y las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual por daños causados a terceros con ocasión del contrato” (Hernández, 2009), así como a disparidades en la interpretación de si el periodo de liquidación de los contratos hace o no parte del plazo contractual. En este punto Aida Patricia Hernández identifica dos corrientes

doctrinales, la primera una corriente que denomina amplia la cual propende a la inclusión de todo lo alusivo al contrato en el acta o acto de su liquidación, y otra denominada opuesta que considera que la misma sólo comprende lo relativo al contrato y a las prestaciones que derivan de él. Tal situación revela la omisión de diversos aspectos tanto teóricos como prácticos que hace necesario un replanteamiento de la posición jurisprudencial a fin de solucionar el debate y reducir el espectro de interpretación.

Hipótesis

La interpretación del Consejo de Estado no resuelve todos los problemas prácticos y teóricos en la liquidación de los contratos estatales, estos es posible asumirlos desde una óptica diferente y llegar a posiciones que favorezcan una aplicación acorde con las finalidades de la administración pública y los principios y derechos establecidos en la Constitución Nacional.

Objetivos

General

Determinar los aspectos teóricos y prácticos de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de liquidación de los contratos estatales.

Específicos

Efectuar un análisis histórico-normativo, sobre la liquidación de los contratos estatales.

Analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre liquidación de contratos estatales a partir del año 2012.

Formular alternativas sobre la liquidación de los contratos estatales conforme los principios de eficacia, economía, transparencia y celeridad de la administración pública con fundamento en los fallos relevantes del Consejo de Estado a partir del año 2012.

METODOLOGÍA

Partiendo del paradigma socio-crítico el presente trabajo tiene enfoque socio jurídico desde el carácter descriptivo, analítico de tipo bibliográfico.

El enfoque metodológico que guiará la investigación es la hermenéutica jurídica, la cual se define como un concepto de interpretación de la ley y de su sentido. Se constituye como una rama de la ciencia del derecho que trata de la interpretación de las normas que lo constituyen, definida por la corte constitucional mediante Sentencia C-820 de 2006 como:

A pesar de que el propio sentido de interpretación jurídica ha sido discutido en la doctrina especializada porque, entre otras cosas, inmediatamente remite el debate de si interpretar una norma jurídica implica determinar el alcance de todos los textos legales o sólo los oscuros, lo cierto es que, en su sentido más obvio y elemental, interpretar es explicar, declarar, orientar algo, comprender las circunstancias, aprehender, entender los momentos de la vida social y atribuir un significado a un significado lingüístico. En fin, como lo advierte Gadamer y Husserl, la interpretación está directamente ligada con la comprensión y el lenguaje, de tal forma que, al referirnos a la hermenéutica jurídica, la entendemos como la actividad dirigida a encontrar la solución al conflicto o al problema jurídico que se somete a estudio del intérprete. (Sentencia C-820 de 2006)

Análisis que se realizara en virtud de la jurisprudencia vigente sobre la liquidación de los contratos estatales.

ESTADO DEL ARTE

RAI 1

Tema: La Oportunidad en la Liquidación de los Contratos Estatales

Autora: Chacón Muñoz Rocío Marlen

Institución: Universidad de la Sabana

Tipo de trabajo: Monografía para obtener el título de especialista en contratación estatal

Año: 2011.

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?

Hipótesis:

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.

Objetivo principal:

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.

Enfoque metodológico:

Partiendo del paradigma socio-crítico, con enfoque socio-jurídico, es un trabajo de carácter descriptivo-analítico, basado en consulta bibliográfica.

Fuentes: Se consultaron 3 textos de doctrina, 2 sentencias del Consejo de Estado y normas.

Resumen marco teórico-conceptual:

La liquidación contractual se encuentra dentro de las acciones de la contratación estatal. La liquidación contractual comprende de componentes íntegros y elementos circunstanciales que hacen parte de las celebraciones del contrato, principios que le dan su vida jurídica. Ante la falta de algunos de tales elementos, existe un contrato incompleto si no están sus componentes que lo constituyen.

Uno de los elementos que se destacan entre sus componentes es la reglamentación de las relaciones jurídico-patrimoniales, por ejemplo:

-El contrato estatal surge a partir de la necesidad de distinguir entre contratos administrativos y contratos privados, por ello es necesario englobar todos los contratos que celebre la administración pública.

-El contrato del Estado se entiende como un acuerdo de voluntades a través de mecanismos institucionales que comprenden a partir de criterios de legalidad y principios que se diferencian de los contratos particulares.

-El contrato estatal no es una especie de acto administrativo. A su vez que se comprende la existencia de cinco características principales de los contratos estatales: Bilateralidad, Onerosidad, Solemnidad, Carácter Principal y Naturaleza Nominada.

La liquidación del contrato estatal es la etapa subsiguiente a la ejecución del mismo. De acuerdo a los tipos de liquidación, las Entidades deben privilegiar los de común acuerdo a partir de mecanismos de seguimiento a la liquidación, para evitar, por ejemplo, el pago de intereses moratorios.

La liquidación de mutuo acuerdo es parte de las estipulaciones contractuales donde se debe pactar un plazo con posteridad a la terminación del contrato, será liquidado de común acuerdo. Se establece en las partes el corte final de las obligaciones del contrato, su cuantificación y la forma de pago.

La liquidación unilateral por la Entidad se presta cuando el contratista no concurre a liquidar el contrato o no se llega a acuerdo alguno, el designado por la entidad puede hacer uso de la liquidación unilateral dentro de los dos meses al vencimiento del término de liquidación bilateral.

La liquidación por vía jurisdiccional, ambas partes acuden ante un juez contencioso administrativo o Tribunal de arbitramento para controvertir el contrato dentro del término de caducidad establecido y cuando no se logra un acuerdo a través de las otras formas de liquidación.

Conclusiones de la autora:

Que la entidad estatal 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.

RAI 2

Tema: La Potestad Sancionadora de la Administración en el Ámbito Contractual: Los Casos de Perú y Colombia.

Autores: Andrés Quintero Múnera y María Alejandra Páez Ibáñez.

Instituciones que apoyaron el trabajo: Centro de Estudios de Regulación Económica y Competitividad Internacional CEDRECI. Firma Fiqh Abogados S.A.S.

Tipo de trabajo: Artículo científico.

Ubicación del texto: Revista Derecho & Sociedad, N° 44 / pp. 317-328

Problema:

La potestad sancionadora está sometida a claros principios que, en la mayoría de los casos, se promueven en los textos constitucionales, tales como: legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad o responsabilidad, proporcionalidad y el de *non bis in ídem*. Con todo, la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, por medios punitivos, de una disciplina cuya

observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos, varía de un ordenamiento a otro.

Hipótesis:

La imposición de sanciones contractuales por parte de la administración pública, en virtud del principio de legalidad, siempre debe observar una competencia específica asignada por el legislador previamente, que la autoriza para adelantar el procedimiento correctivo a que haya lugar cuando quiera que se observe una conducta reprochable y que, como en el caso colombiano, amenace la debida ejecución del contrato. No obstante, este procedimiento, que debe velar por el cumplimiento de los principios antes descritos, en algunos casos, como el peruano, es adelantado por un organismo que si bien es de naturaleza eminentemente administrativa, no hace parte del contrato estatal; contrario a lo que sucede en el ordenamiento colombiano, en el cual, quien adelanta el procedimiento sancionatorio en el marco de un contrato estatal e impone de manera efectiva las sanciones, e incluso las ejecuta, es la propia autoridad contratante.

Objetivos:

Exponer el desarrollo normativo y jurisprudencial de la facultad sancionadora y el procedimiento que ha previsto el legislador para la imposición de sanciones cuando se evidencie una infracción o incumplimiento de las obligaciones del contratista, precisándose el alcance y los vacíos que el procedimiento comporta.

Presentar la consagración de la potestad sancionadora de la administración en el derecho peruano, marcando las diferencias con el modelo adoptado por la legislación colombiana.

Resumen marco teórico-conceptual:

El contrato estatal posee instrumentos como la potestad sancionadora que permite de manera más efectiva las correcciones y sanciones que pretende insistir al contratista a respetar los compromisos adquiridos con el contratante.

La potestad sancionadora posee facultades para imponer correctivos, pero su realización varía de un ordenamiento a otro. Los procedimientos son variables, como en el caso colombiano y peruano, los cuales, por ejemplo, cambian dependiendo de si los organismos de control son de naturaleza administrativa o no.

El autor se enfoca en destacar la evolución del ejercicio de la potestad sancionadora en Colombia, el desarrollo de sus facultades, consecución de fines y otras resultas que pueden ser negativas para el contratista debido a las potestades otorgadas a las entidades administrativas que poseen el control de la sanción y las derivas que puede contraer esta problemática.

Evolución de la potestad sancionadora de la administración en materia contractual: el caso colombiano:

Para el caso colombiano se contextualiza el ejercicio de la potestad sancionadora y su evolución a partir del desarrollo normativo y los procedimientos que se prevén por el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Para este caso se evidencia una uniformidad en la forma en que los ordenamientos jurídicos responden ante las infracciones del contratista, el cual ha sido desigual.

El autor destaca la naturaleza correctiva de la sanción contractual como herramienta para orientar la ejecución de las prestaciones contractuales en caso del incumplimiento de cualquier obligación que interfiera en la ejecución del contrato. En el desarrollo de la potestad sancionadora a lo largo del tiempo la actividad se ha enfocado a la imposición de multas al

contratista, efectividad de cláusulas penales pecuniarias y declaratorias de caducidad del contrato, lo que, en suma, los estatutos contractuales han sobrepuesto a la autoridad estatal a imponer sanciones sobre los contratistas, potestades que han evolucionado a lo largo del tiempo y que han mejorado las formas de aplicar las medidas correctivas.

Sin embargo, esto demuestra un desequilibrio en la relación contractual entre el Estado y el contratista, evidenciándose una amplitud en modificar e interpretar contratos de manera unilateral.

La potestad sancionadora que poseen las autoridades contratantes ha dotado al legislador de buscar decisiones prontas y eficaces para darle curso a la actividad contractual con garantías propias del derecho sancionador.

Las entidades tienen la capacidad de imponer sanciones adjudicadas en los contratos, pero han sido facultades tan amplias que ha sido necesaria la intervención de la jurisprudencia nacional la que llene los vacíos y limitar el ejercicio de potestad. En suma, no existen términos legales que limiten el ejercicio de la facultad que tiene las entidades para imponer sanciones en determinados casos, llevándose a discusiones sobre las posibilidades de ejercer potestades sancionatorias en la etapa de liquidación del contrato.

En otros términos, las potestades de la administración en Colombia están marcadas por la necesidad de hacer efectivas las medidas tendientes a la ejecución del contrato, por lo que a las entidades poseen amplios poderes sancionatorios, con la pretensión de que no ser así habrá que someter las sanciones a disposición del aparato judicial.

El referente peruano de la facultad sancionadora en materia contractual:

Teniendo en cuenta las bases generales para el caso colombiano, el autor destaca el referente peruano de la facultad sancionadora en materia contractual, evidenciando diferencias con el modelo que se dispone en Colombia y estipulándose en un modelo más conservador.

El Tribunal de Contrataciones del Estado posee la competencia de imponer sanciones administrativas de inhabilitación y sanciones económicas para aquellos contratistas que cometan infracciones de acuerdo a la normatividad en contratación estatal.

No obstante, las entidades contratantes no se les permite imponer sanciones a los proveedores y contratistas, pero sí pueden informar de las infracciones al Tribunal de Contrataciones para que éste sancione. En suma, es el Tribunal de Contrataciones el que puede sancionar a los administrados por infracciones. Aun así, las normas habilitan a cualquiera de las partes de la relación contractual a resolver o ponerle fin al contrato por hechos sobrevinientes al mismo.

En el análisis comparado, el autor destaca el hecho que en Colombia la administración contratante tiene facultades sancionatorias por el incumplimiento del contratista; en cambio, en Perú la terminación del contrato puede provenir de cualquiera de las partes, suponiendo un plano de igualdad en el contratante y el contratista.

En suma, en Perú existe una potestad sancionadora más equilibrada en materia contractual, resaltándose el papel del Tribunal de Contrataciones como el correspondiente a las sanciones por infracciones, pero sin pronunciarse en casos de asuntos contractuales, correspondientes a la justicia ordinaria. Cuando la entidad contratante tiene potestad de resolver el contrato mediante carta dirigida al contratista por incumplimientos, no tiene facultades para

iniciar procedimientos administrativos sancionatorios cuando se evidencia incumplimientos de prestaciones, diferentes a como si ocurre en Colombia, destaca el autor.

Conclusiones

Percepciones sobre la actividad sancionatoria de la administración en materia contractual: El autor destaca diversas percepciones en cuanto la actividad sancionatoria de la administración en materia contractual las cuales se determina como sus conclusiones generales del tema.

En la legislación colombiana la entidad estatal contratante tiene amplias facultades sancionatorias. Se le permite imponer multas, declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y determinar los perjuicios que se le hayan causado e incluso, declarar la caducidad del contrato.

En las anotadas prerrogativas no interviene autoridad judicial alguna permitiendo a la autoridad contratante el ejercicio de la potestad sancionatoria directamente, velando no solo por el interés general, también por sus propios intereses como parte de la relación negocial. Esta concepción normativa como reacción al anterior sistema que venía haciendo ineficaz la potestad sancionatoria de la entidad estatal, trae consigo la inevitable inseguridad del sector privado que se siente expuesto al riesgo de una administración convertida en parte y juez del contrato estatal.

El ejercicio del derecho sancionador reclama asegurar garantías y derechos propios del debido proceso que deben ponderarse frente a la actividad contractual de la administración. La imparcialidad en las decisiones y un límite temporal para el ejercicio de la potestad sancionadora resultan fundamentales en el procedimiento sancionatorio, pues finalmente la sanción contractual tiene una naturaleza correctiva que sirve a la administración como una herramienta para orientar y dirigir la ejecución de las prestaciones contractuales, y no para satisfacer

intereses de la entidad como parte del contrato. Lo que se demanda finalmente de la administración es asegurar el debido proceso.

De la comparación con el régimen peruano tenemos que el Tribunal de Contrataciones tiene la facultad sancionatoria para aquellos aspectos que no estén relacionados propiamente con la fallas en la ejecución contractual. De estas y en general del juicio por posible incumplimiento, se ocupa la justicia arbitral, que desde un punto de vista muy preliminar pareciera ser más eficaz que la justicia ordinaria.

En todo caso, el Tribunal de Contrataciones aun cuando no emite un juicio de valor sobre la responsabilidad contractual, una vez verificada la resolución del contrato por causa imputable al contratista, si tiene la facultad de iniciar un procedimiento sancionatorio contra el contratista responsable de la terminación del contrato.

Pareciera ser más garantista el régimen peruano en tanto que la entidad pública no es, como si lo es en Colombia, juez de su propio contrato. Sin embargo, la valoración de cada sistema atiende a circunstancias sociales diferentes y a finalidades diferentes; por un lado, en Colombia se prevé la sanción como una herramienta correctiva que insta al contratista a cumplir con sus obligaciones ante un eventual incumplimiento; de otro lado, en el Perú la potestad sancionatoria se concibe como una facultad de la administración (no contratante) de salvaguardar el orden público ante la comisión de cualquiera de las infracciones a la Ley de Contrataciones del Estado, infracciones que obedecen en muchos casos a las condiciones mínimas requeridas de quienes acuden a los procesos de contratación del Estado y no al ejercicio de la actividad contractual.

Lo cierto es que cada legislación se adapta a sus circunstancias, no para resignarse a ellas pero si para construir un modelo regulatorio que, consultándolas, sepa dirigirlas hacia una específica finalidad de ordenamiento institucional, presupuestal, procedimental y conductual.

RAI 3

Tema: Función de supervisión de la contratación estatal, un análisis desde el principio de transparencia y la seguridad jurídica.

Autor: Óscar Alexander Carrillo Triana.

Instituciones que apoyaron el trabajo: Universidad Católica de Colombia.

Tipo de trabajo: Artículo de reflexión.

Año: 2015.

Problema:

¿Se viola el principio de transparencia de la Contratación Estatal por la inexistencia de criterios objetivos de obligatorio cumplimiento para el supervisor del contrato estatal, en virtud del amplio margen de discrecionalidad que le otorga la Ley, por no cumplir con el conocimiento y experticia que exige el objeto del contrato?

Hipótesis:

Las condiciones actuales de la Ley respecto a la supervisión del contrato público en Colombia permite al supervisor del contrato estatal, bajo un abanico de normas y herramientas crear un entorno de criterios subjetivos amparados en la amplia discrecionalidad, para ejecutar el objeto del contrato en muchas ocasiones en forma indebida. En razón que la persona que se designa para realizar la labor no cumple con la experiencia y conocimiento, dando como resultado la comisión de delitos por acción u omisión debido a la terminación del contrato en forma irregular.

Objetivos:

Resaltar las condiciones problemáticas de la Ley respecto a la supervisión del contrato público en Colombia en cuanto al criterio de discrecionalidad

Brindar alternativas a partir de las experiencias positivas experimentadas en Chile y en Argentina

Enfoque metodológico:

Se utilizó una metodología analítica, interpretativa y crítica sobre la función de supervisión de la contratación estatal, donde se hace un análisis desde el principio de transparencia y la seguridad jurídica.

Resumen marco teórico-conceptual:Introducción:

El autor concibe una serie de ideas en cuanto a la función de la supervisión del Contrato Estatal en Colombia, existiendo un marco jurídico ambiguo y otra serie de vacíos que permiten el abuso del derecho por parte de los supervisores del contrato. De aquí que se plantee problemáticas como es la inexistencia de criterios de supervisión del contrato estatal debido al amplio margen de discrecionalidad que le concede la Ley.

Por tanto, el autor pretende destacar las condiciones en que la Ley (y la falta de normas específicas reguladoras) trata la supervisión del contrato público en Colombia distinguiendo las formas indebidas en que el supervisor ejecuta tales contratos y las dificultades que esto contrae.

Nociones generales de la supervisión de los contratos estatales y su ámbito jurídico:

En este apartado el autor destaca los fundamentos que definen un contrato público y de la supervisión estatal. En la relación entre las partes, el contrato público subordina jurídicamente

al contratista frente a la Administración; mientras que la supervisión estatal se encarga de vigilar el proceso y consecución correcta del objeto contractual.

Seguidamente, se expone un recorrido sobre los antecedentes jurídicos de la contratación estatal en Colombia, sus fundamentos constitucionales y los amparos ofrecidos por la ley 80 de 1993 y la ley 1474 de 2011.

La discrecionalidad en la supervisión de los contratos públicos y principios rectores:

En este apartado, el autor en primera instancia define el funcionamiento de la discrecionalidad y su aplicación en la gestión pública a través de dos tipos de potestades: potestad reglada y potestad discrecional. En la potestad reglada se indican las normas del ordenamiento público y no deja espacios para ningún tipo de subjetividad; en cambio la potestad discrecional da mayor margen de libertad y subjetividad (sin exceder los límites de la Ley). A pesar de lo dicho, ambas potestades no son antagónicas.

Principios rectores en la supervisión del contrato estatal: Existen dos principios rectores: de transparencia y de responsabilidad. El principio de transparencia indica la necesidad de que el proceso de selección del contratista sea pública y la información del desarrollo del proceso sea abierta para todo el que desee obtener dicha información. El principio transparencia se define en la medida que los procedimientos que se establezcan para la selección del contratista sean específicos.

En el principio de responsabilidad los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, su correcta ejecución y la protección de los derechos de las partes involucradas.

Problemática de la supervisión del contrato público en Colombia:

Aquí se destaca principalmente el problema de los vacíos jurídicos evidenciados en la norma, además de la falta de capacidades de los funcionarios para realizar la supervisión del contrato.

La dificultad del vacío jurídico es la discrecionalidad ampliada que permite maniobrar a los supervisores de manera desenvuelta, que sumado a las dificultades en la elaboración correcta de las actividades como la mala preparación, el nivel de experiencia y la “mala fe”, evidencian la necesidad de replantear las funciones y las facultades del supervisor en la contratación pública.

Un caso típico que ocurre en Colombia es la falta de normatividad de las entidades públicas en los procedimientos de seguimiento y control. En el país han ocurrido elevados casos de actos indebidos, que además han permeado la percepción de la opinión pública ante el funcionamiento de la Ley y la legitimidad de las entidades.

El autor también destaca un apartado sobre las responsabilidades del encargado de la supervisión contractual, además de las implicaciones de sus actos, omisiones y prejuicios hacia la entidad pública que tiene vínculo.

En otro apartado el autor expone las consecuencias de la discrecionalidad en la supervisión del contrato estatal en el país, el cual está enmarcado bajo la Ley 80 de 1993 el cual permite la discrecionalidad al supervisor del contrato y con ellos las dificultades y consecuencias que ya se han tratado anteriormente. Asimismo, insiste en la necesidad de establecer un marco legal más estricto donde se deben cumplir unos requisitos para el establecimiento de unos criterios objetivos para llevar a cabo el control contractual en todo su proceso hasta su liquidación.

El autor también trata sobre las debilidades de la supervisión del contrato público, destacando la inexistencia de un modelo que garantice una correcta función del encargado del cumplimiento contractual, por ello es necesario que las actividades de supervisión sean ejercidas desde la fase de configuración del contrato, así como la comprobación de las calidades profesionales y técnicas del contratista, la proyección del tiempo del desarrollo del contrato, entre otras pautas.

Herramientas utilizadas en el derecho comparado y propuesta final:

Herramientas básicas que se manejan en la supervisión del contrato estatal en países como Chile y Argentina

En contraste con el caso colombiano, el autor destaca los mecanismos que tanto en Chile como en Argentina han elaborado para la supervisión de la contratación estatal y lograr mejores resultados tanto en logros como en bajos niveles de corrupción.

Para el caso chileno se destacan planes de trabajo que se han enfocado en elementos como la pedagogía y el seguimiento, destacándose la cantidad de encargado y el despliegue de difusión de contenidos de ley de Transparencia por todo el territorio. También constituyó alianzas multilaterales y colaboración pública para la solución de los problemas de interés público. El papel de control permanente de entidades como el Consejo de Defensa del Estado también influyó de manera significativa. Por último, el papel en la revisión y autorización presupuestal por parte del poder judicial en concordancia con la ley de transparencia también fue un elemento fundamental.

En Argentina se constituyeron comités como la Comisión Evaluadora para vigilar todas las fases en el proceso de contratación. Un sistema de catalogación de bienes, el cual ha elaborado criterios de identificación de bienes y servicios y elabora una catalogación del bien o

servicio a contratar y los ajustes y autorizaciones en caso de ser necesarios en el desarrollo del contrato. Por último, un modelo de autorización y aprobación de gastos que se reglamenta mediante un acto administrativo jurisdiccional.

Teniendo en cuenta las anteriores experiencias, el autor propone diversas pautas a seguir para mitigar la problemática en la supervisión de contrato público para el caso colombiano:

- Primero, un sistema normativo más taxativo, donde no se dé lugar a la subjetividad.
- Segundo, controles personalizados donde no se deje discrecionalidad al supervisor del contrato.
- Tercero, concientización a los funcionarios en temas de corrupción y promoción de la transparencia.
- Cuarto, mecanismos legislativos que regulen la selección del supervisor del contrato estatal, donde cumplan con estándares de calidad y experticia requeridos para el caso.
- Quinto, más intervención al supervisor para que participe también en los actos previos a la ejecución del contrato.

Conclusiones

El autor determina que hay que mejorar los mecanismos de supervisión, por ello es necesario seleccionar de manera óptima los funcionarios que han de realizar esta labor.

En Colombia existe un esquema punitivo que perjudica al Estado; las herramientas jurídicas que existen en el país no permiten la garantía de la transparencia y permiten la realización de actos delictivos.

La supervisión del contrato estatal es muy importante en la contratación pública, pero existe el problema de la violación del principio de transparencia por la discrecionalidad que posee el supervisor del contrato y todas las consecuencias negativas que surgen de ello.

La normatividad actual posee grandes falencias, como son la corrupción, la mala ejecución de procesos y las normas flexibles para los supervisores. Colombia posee una muy mala imagen por los altos niveles de corrupción que posee.

Se destaca la importancia de la supervisión del contrato estatal en Colombia: genera inseguridad jurídica, el marco normativo presenta unos criterios subjetivos en tanto no existen definiciones o criterios claros del proceder en la actividad de supervisión.

Existen buenos mecanismos que son usados en Chile y Argentina para la consecución de la contratación estatal y en específico de la supervisión del contrato estatal.

Y en palabras del autor como conclusión general: se requiere una intervención de la rama legislativa en Colombia sobre el tema esto debido a las cifras y casos presentados en el país en corrupción, la solución es crear o modificar la Ley que brinde garantías jurídicas y proporcione las herramientas suficientes para que el supervisor del contrato estatal este regido bajo criterios objetivos y procedimientos claramente definidos.

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Aspectos conceptuales

Liquidación del contrato: “La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución. Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la terminación del contrato” (Bendeck, p.21, 1992).

Liquidación unilateral: "Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible de recurso de reposición" (Ley 80 de 1993).

Principio de economía: Exige al administrador público el cumplimiento de procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, “este principio opera bajo la debida administración de los recursos económicos destinados a la contratación de bienes y servicios. Por eso, el funcionario responsable del proceso debe vigilar la adecuada inversión y el destino del presupuesto; además, debe evitar actuaciones u omisiones que produzcan perjuicios económicos a la entidad y los proponentes” (Bejarano, p.61, 2009).

Principio de celeridad: “las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados” (Código Contencioso Administrativo).

Principio de eficacia: “se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado” (Código Contencioso Administrativo).

Contexto teórico.

Para Juan Carlos Expósito Vélez (2009) la liquidación estatal tiene como finalidad finiquitar las relaciones jurídico-negóciales de la administración pública, de esta manera cumple con proporcionar seguridad jurídica a las relaciones crediticias de la administración, pues: “solo hasta la etapa de liquidación del contrato concluye el negocio jurídico” (Expósito, p. 2, 2009).

El autor propone los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la herramienta más idónea para permitir a las partes: “solucionar directa y amistosamente sus conflictos, no sólo con la finalidad de que el tráfico jurídico sea más ágil, sino buscando dar cumplimiento a los principios constitucionales propios de la función administrativa” (Expósito, p.2, 2009). Así pues el autor se centra en la primera posibilidad de liquidación de los contratos estatales; es decir, la liquidación de acuerdo mutuo o bilateral, que es donde se dan los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pues: “la liquidación bilateral de los contratos estatales constituye un verdadero mecanismo alternativo de carácter transaccional, el cual ofrece múltiples ventajas para la seguridad jurídica y la certeza de extinción de las

relaciones jurídico-negociales” (Expósito, p.3, 2009). En la liquidación bilateral es donde se hace visible el principio de voluntad entre las partes, en términos de un negocio jurídico y la certeza absoluta de la finalización de las relaciones jurídico negociales.

Advierte que en la Ley 80 de 1993 el plazo de la liquidación vencía sin que las partes hubieren podido llegar a un acuerdo, pero se dispone posteriormente en la Ley 446 de 1998 que la entidad contratante tenía un plazo de dos meses para liquidar de manera unilateral dicho contrato, es decir, el común acuerdo debe realizarse dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato. Si no se ejecuta, la entidad contratante ejerce su potestad y liquida unilateralmente el contrato mediante la expedición de una resolución que dispone de los dos meses siguientes a la finalización de los cuatro meses del intento de liquidación de común acuerdo; y si la entidad contratante no liquida unilateralmente el contrato en estos seis meses, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar. Aun así la jurisprudencia actual considera que si estos seis meses dispuestos por la ley se vencen y ninguna de las partes ha liquidado, aún es posible realizar una liquidación de común acuerdo, esto es que los términos de los plazo no son perentorios o preclusivos, sino que, por el contrario, son términos simplemente indicativos

Entonces, la liquidación bilateral de los contratos estatales puede ser realizada en cualquier momento antes del vencimiento del término de caducidad de la acción contractual respectiva, siempre y cuando no se haya notificado a ninguna de las partes demanda judicial con la pretensión de que se declare judicialmente el contrato respondiendo a los principios transaccionales, de voluntad de las partes y de buena fe, en un negocio jurídico.

Para Aída Patricia Hernández Silva (2009) la liquidación del contrato es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, así como también las presentadas durante el desarrollo de dicho contrato. De tal forma, en consonancia con Expósito Vélez, la liquidación de los contratos estatales aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico.

Aun así, existen múltiples controversias de carácter doctrinal y jurisprudencial respecto a la liquidación de los contratos, donde ubica dos corrientes principales una amplia o lata que propende a la inclusión de todo lo alusivo al contrato en el acta o acto de su liquidación y otra, opuesta o estricta, que considera que la misma sólo comprende lo relativo al contrato y a las prestaciones que derivan de él. Ante dichas controversias sobre el contenido de la liquidación y sobre su oportunidad, advierte que el proceso de liquidación esta permeado por vicios judiciales que no resuelven el fondo de la Litis.

La liquidación de los contratos tiene por fin determinar por qué conceptos y en qué cuantías se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar. En tal medida no resulta procedente plasmar en ella asuntos que no tengan por fuente directa al contrato, y es por ello que los valores que corresponden a la indemnización de perjuicios derivados de la responsabilidad contractual se alejan de esta finalidad; además advierte que la liquidación del contrato no puede comprender la legalización de prestaciones ejecutadas por fuera del contrato, pues el acto de liquidación no contiene este punto y pretende fundamentalmente poner punto final a la relación contractual.

Durante el plazo de ejecución del contrato celebrado por las partes y que en ocasión del mismo se presenten hechos de los que se deriven daños antijurídicos para terceros y que sean

imputables a acciones u omisiones del contratista, el directo responsable según la jurisprudencia es la entidad contratante, punto que hace parte de las controversias doctrinales.

Otro punto de divergencia está relacionada a la consecuencia derivada de la no liquidación del contrato, ante lo cual se plantearon variadas soluciones: “la más acogida consistió en considerar posible la liquidación unilateral o bilateral aun cuando se hubiesen cumplido los plazos legales o contractuales correspondientes, siempre que tal procedimiento se adelantara antes del vencimiento del plazo previsto en la ley para el ejercicio de la acción de controversias contractuales”(Hernández, p.9, 2009). Y ante la inexistencia de un acuerdo de las partes, la administración liquidara de forma unilateral. En caso de que la entidad no lo realice puede acudir al juez o árbitro del contrato, quien deberá determinar las prestaciones mutuas vigentes entre los contratistas.

Hernández (2009) menciona tres requisitos necesarios para el ejercicio adecuado de la acción de controversias contractuales cuando el litigio comprende, entre otros aspectos, la liquidación bilateral o unilateral del contrato:

1. Si está liquidado bilateralmente, sólo procede el ejercicio de la acción cuando se ha dejado salvedad en el acta de liquidación bilateral.
2. Si está liquidado unilateralmente, solo procede cuando se demanda la nulidad del acto.
3. Si está liquidado unilateralmente, no procede el proceso arbitral porque los árbitros carecen de competencia para analizar la nulidad del acto de liquidación unilateral.

Así, la figura de liquidación de contratos estatales no es necesaria en el proceso de contratación, pues: “con la figura de la liquidación o sin ella, las entidades pueden definir quién le debe a quién y cuánto, como sucede con las actas finales o de recibo final, en las que hay clara constancia del comportamiento del contrato y de las sumas causadas” (Hernández, 2009),

además propone en relación a la efectividad del proceso y la descongestión de la administración de justicia que la figura de la liquidación sea eliminada, pues es un obstáculo debido a las controversias antes mencionadas y a la falta de claridad de la misma para la administración y para el desarrollo de la jurisdicción arbitral en Colombia.

Susana Montes (2004) menciona que una de las principales controversias en materia de liquidación de contratos es si el periodo de liquidación de los contratos hace o no parte del plazo contractual y pretende visibilizar la problemática pro medio de un recuento histórico de la jurisprudencia respecto al proceso de liquidación, punto que se precisa en la ley 80, conteniendo que en “la liquidación deberían hacerse los ajustes, las revisiones y reconocimientos a que hubiere lugar a favor de las partes, en el entendido de que precisaba hacerse un análisis de lo que había pasado en el contrato, revisar cuáles eran las obligaciones, cuál el presupuesto, cuál la ejecución, cuál el costo final o si hubo por alguna razón necesidad de efectuar ajustes al desarrollo del contrato para finiquitar las cuentas entre las partes” (Montes, 2004), sin claridad en términos de la caducidad, así pues se dan múltiples interpretaciones que puede trascender a problemas de índole disciplinaria e inclusive penal y de responsabilidad fiscal dependiendo de las situaciones particulares de cada uno de los contratos, el desconcierto de las entidades, los contratistas y los organismos de control respecto a la preclusividad o perención de los términos de liquidación del contrato.

La autora afirma que se debe partir de la base de que la liquidación de los contratos en que la ley así lo ha previsto es un deber legal, por tanto esas obligaciones no pueden dejarse al arbitrio de las partes, así como también que la contratación estatal se funda siempre sobre el mutuo consentimiento. Se debe entender que no puede haber contrato, que por definición es un

acuerdo de voluntades, en el que falte ese supuesto. De esta manera el acuerdo de voluntades tiene que verse reflejado también hasta la conclusión del contrato con la liquidación del mismo.

Surge así mismo a partir de estas afirmaciones múltiples interrogantes que no están solucionados del todo en la doctrina, por ejemplo: ¿podrían las partes por acuerdo prorrogar el plazo que han señalado para la liquidación de un contrato? Y Si todos los acuerdos que existen en el contrato parten de ese supuesto de la voluntariedad de las partes, ¿puede inclusive dentro de esos elementos o temas que pueden ser objeto de acuerdo la eventual prórroga del plazo para liquidar un contrato? De esta manera se deduce que el plazo del contrato es prorrogable y es viable el manejo de los plazos de liquidación por acuerdo entre las partes, pero surgen nuevos interrogantes entre las divergencias de lo que es la liquidación de un contrato y qué es la caducidad de las acciones contractuales, donde la jurisprudencia ha establecido que la primera es un mecanismo legalmente previsto para finiquitar cuentas propias de un contrato y las obligaciones recíprocas nacidas en él.

El segundo es una institución típicamente procesal que habilita dentro de un término a las partes para que acudan ante el juez del contrato, llevando aquellas controversias que no fueron capaces de definir entre ellas. Por tanto, son figuras jurídicas distintas en la medida que “la primera tiene que ver con la vida misma y la extinción del contrato y de sus obligaciones, y la segunda simplemente de la posibilidad de que haya un juez que dirima divergencias” (Montes, 2004). Pero surge el interrogante de si en un negocio jurídico propiamente dicho, donde se conforman obligaciones y derechos entre las partes, se disuelve la posibilidad acudir ante la jurisdicción, a menos que se alegue dolo o vicios en la formación del consentimiento entre otros interrogantes que hacen concluir en un cuestionamiento sobre las controversias doctrinales y jurisprudenciales como por ejemplo: ¿es verdad que existe un término exclusivo y perentorio

para que la administración y el contratista, que han acudido voluntariamente a la celebración de un contrato, pierdan capacidad para concluir esa relación contractual?

ANÁLISIS NORMATIVO

La liquidación de contratos estatales establecidos en Colombia ha tenido unos avances paulatinos en la forma de construir los parámetros que fundamentan el ajuste formal de cuentas entre las partes contratantes en términos de la conclusión, ya sea normal o insólita de tales contratos. La expedición de la Ley 80 de 1993 fue una de las leyes que se adjudicó de manera responsable el compilar de la mejor forma posible los postulados adscritos sobre liquidación de contratos estatales, siendo la Ley 1150 de 2007 la encargada de modificar y derogar algunos de los artículos establecidos en la anterior ley, agregando ciertas novedades, como por ejemplo, en el establecimiento de periodos fijos para la liquidación de los contratos.

Por último, con el fin de unificar la reglamentación administrativa a nivel nacional, el decreto 1082 del 2015, en materia de liquidación de contratos estatales, mantuvo un margen reducido al destacar tal elemento como uno de los desenlaces posibles de acuerdo al establecimiento de garantías dependiendo su tipo en los contratos.

Ley 80 de 1993

La ley 80 de 1993 tuvo como propósito unificar los postulados de la función administrativa que comprende la contratación estatal ante la legislación disgregada que le antecedió. Varios de los artículos refieren diversos aspectos donde se tratan el tema de la liquidación de los contratos estatales.

En primera medida de la expedición de la Ley se creó un estatuto que comprende las disposiciones generales la cual plantea los principios y reglas que rigen los contratos estatales. Se plantean los derechos y deberes de las entidades y los contratistas. Se proponen las reglas en cuanto el tipo de personas que pueden ser contratadas y el tiempo de acuerdo a lo planteado en

el contrato, entre otros. En suma, se desarrollan los preceptos habituales que contemplan los parámetros que deben regir la contratación estatal, donde además se concentran los primeros artículos donde se presentan postulados que tienen que ver con la liquidación de los contratos.

Dentro de las disposiciones generales, el artículo 16 resuelve que durante la ejecución del contrato es necesario introducir variaciones; así no se haya llegado a un acuerdo entre las partes, la entidad podrá modificarlo, no obstante, si las modificaciones se alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad podrá ejercer las medidas necesarias para garantizar la culminación del mismo.

A su vez, el artículo 18, de la caducidad y sus efectos, contempla la liquidación del contrato por parte del acto administrativo ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave la ejecución del contrato y que se pueda entorpecer.

En suma, desde los primeros artículos expedidos en esta Ley se adjudican capacidades por parte de las entidades administrativas de sancionar por medio de la liquidación las anomalías presentadas en los acuerdos contractuales.

De acuerdo a la Ley se estableció un conjunto de principios: transparencia, economía y responsabilidad. Todos aquellos que intervengan en la contratación se deben acoger a tales reglas. La disposición de principios, máxime el que respecta al tema de la transparencia, deja entrever algunos aspectos donde sobresale la acción del principio correspondiente al tema de la liquidación: en el pliego de condiciones se precisa como uno de los requisitos definir los plazos para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El tema de la liquidación también se expone en el apartado sobre la nulidad de contratos. El artículo 45, de la nulidad absoluta, dispone que, de acuerdo a lo previsto en la norma, el

representante de la entidad puede dar por terminado el contrato mediante acto administrativo y ordenar su liquidación sin importar el estado en que este se encuentre.

La liquidación también se contempla en los temas sobre responsabilidad contractual. El artículo 56, de la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal, dispone que todos los particulares que cumplan función pública y que participan en la celebración de los contratos, incluyendo el proceso de liquidación, están sujetos a responsabilidad penal.

Una de las características más importantes de la Ley es que expone un apartado especial para el caso de la liquidación de los contratos, donde se contempla de manera más específica y detallada los aspectos que conciernen a la liquidación.

El artículo 60, de su ocurrencia y contenido, dispone que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, será objeto de liquidación en común acuerdo. El tiempo para el procedimiento se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la expedición del contrato. También se dispone a hacer los ajustes y revisiones necesarias. En el acta de liquidación se constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones para poner fin a las divergencias y declararse a paz y salvo. A su vez, para la liquidación se exigirá al contratista la ampliación de la garantía del contrato y avalar las obligaciones posteriores a la extinción del contrato.

El artículo 61 comprende el tema de la liquidación unilateral,¹ donde, si tanto el contratista no se presenta a la liquidación o no hay mutuo acuerdo, se practicará de manera

¹ Artículo derogado por el art 32, Ley 1150 de 2007.

unilateral tal liquidación por parte de la entidad. Es decir, será posible hacer una liquidación unilateral por parte de la entidad cuando las partes no se coloquen de acuerdo.

También existieron aspectos en torno a la liquidación en la parte que trata sobre la solución de las controversias contractuales. El artículo 70 establecía incluir cláusulas compromisorias para someter a decisión arbitral diferencias en la celebración del contrato que puede incluir su liquidación. De igual forma el artículo 71 establecía que en caso de no existir tal cláusula se puede suscribir un compromiso de convocatoria ante un tribunal de arbitramento para su liquidación.²

En suma, la Ley 80 de 1993 concretó de manera más específica los diversos desarrollos que conlleva el proceso dado entre la entidad pública y el contratista sobre la ejecución de las liquidaciones contractuales y los acontecimientos que se pueden presentar durante su curso. No obstante, aún faltarían pautas más concretas en tratar de solventar la normatividad, como el hecho de definir una magnitud concreta al tiempo y a los plazos que determinan para poder liquidar tales contratos.

Ley 1150 de 2007

Esta ley pretende mejorar los fundamentos de eficiencia y transparencia que se habían establecido en la ley 80, por tanto se establecen criterios que reforman estas normas, incluyéndose los parámetros en cuanto a la determinación de los plazos de liquidación.

El artículo 11, del plazo para la liquidación de los contratos, se encarga de profundizar sobre tal cuestión. En primera medida, se expone que la liquidación de los contratos se debe hacer a mutuo acuerdo dentro de las condiciones determinadas. De no proceder así, la

² No obstante, tanto el artículo 70 como el artículo 71, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional.

liquidación se realizará dentro de los cuatro meses siguientes a la expiración para la ejecución del contrato, acto administrativo o fecha de acuerdo que se disponga.

Es así visto que con la promulgación de la nueva Ley se estipulan unos plazos más concretos que lo ocurrido en lo expedido en la Ley 80 al determinar unos tiempos específicos para la liquidación de los contratos. Es así también cuando se determina los casos donde el contratista no se presente a la liquidación o no se llegue a acuerdos sobre el contenido, donde la entidad podrá liquidar de manera unilateral dentro de los dos meses siguientes. Pero la cuestión va más allá al determinarse que si se vence este plazo establecido, la liquidación podrá ser realizada antes de los dos años en que se vence el término, ya sea en mutuo acuerdo o de manera unilateral. Por tanto, se amplía las capacidades de acción a los contratista al poder estos determinar salvedades a la liquidación en casos de mutuo acuerdo, siendo así que la liquidación unilateral se hará solo en casos donde no hayan aspectos acordados.

La formulación y adecuación de estos artículos en materia de liquidación de contratos de esta Ley ante lo promulgado por la Ley 80 de 1993, genera algunos desarrollos en cuanto a los parámetros que modifican sustancialmente los principios de la Ley 80, aunque se ha visto que se optó por una modificación más puntual de algunas normas con un énfasis en el establecimiento de periodos o plazos concretos para proceder a la liquidación de los contratos. Además, se amplió la determinación del contratista en las formas de proceder ante diversas irregularidades o conjeturas establecidas en los marcos de acción que las entidades pueden establecer en las dinámicas de liquidación, especialmente cuando se trata de manera unilateral.

Decreto 1082 de 2015

Este decreto se expide como el único reglamentario del sector administrativo nacional, que compiló los decretos reglamentarios sobre contratación estatal y asociaciones público-privadas, derogando el decreto 1510 de 2013. Respecto al tema de contratación estatal se enfoca en el título primero del libro segundo, y el asunto sobre liquidación de contratos se puede ubicar en diferentes secciones.

En la sección 2, se definen las estructuras y los documentos del proceso de contratación. La subsección 4, que trata sobre el proceso de ejecución, se puede hallar el artículo 2.2.1.1.2.4.3, obligaciones posteriores a la liquidación, donde se expide que, vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, etc., la Entidad debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación.

La sección 3 trata sobre las garantías, donde también se destacan elementos relacionados con los temas de liquidación. En la subsección de generalidades, el artículo 2.2.1.2.3.1.1, en cuanto a los riesgos que debe cubrir las garantías de la contratación, se asume como uno de ellos el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de los contratos y su liquidación.

El tema de la liquidación es más explícita en cuanto a las suficiencias de las garantías. Por ejemplo, en el artículo 2.2.1.2.3.1.10., para la suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, tal garantía debe estar vigente hasta la liquidación del contrato. De igual forma, el artículo 2.2.1.2.3.1.11., sobre la suficiencia de las garantías de pago anticipado, y del artículo 2.2.1.2.3.1.12., de la suficiencia de garantía del cumplimiento, ambos estipulan que debe cumplirse hasta la liquidación del contrato, variando para cada caso el valor de la garantía.

En términos generales, el decreto 1082 del 2015 es una compilación de acuerdo a un reglamento del sector administrativo a nivel nacional, donde la contratación estatal contiene un apartado importante, pero, no obstante, limitado en los procesos de liquidación, reduciéndose casi a objeto donde ocurren los procesos de garantías, siendo la liquidación uno de los posibles desenlaces del contrato. Falta una profundización mayor sobre los aspectos referentes al tema de la liquidación en cuanto a más procesos administrativos de contratación estatal.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La posición del Consejo de Estado respecto a la liquidación de contratos establece un número de reglas para cada caso particular en las que sea necesario y acorde a los modelos de liquidación de mutuo acuerdo (unilateral, bilateral). En primera medida cabe destacar algunas que contienen un aspecto general que cubre a todo tipo de liquidación de contratos. Primero: la terminación y la liquidación del contrato estatal son dos figuras diferentes entre sí, por lo cual no hay lugar a confundirlas y menos, a sostener que sólo con la liquidación del correspondiente contrato pueda tenerse por terminado el respectivo contrato. Segundo: si pese al vencimiento de los términos, se lograre acuerdo entre las partes para liquidación del contrato, esta tendrá plena validez, y prevalece la voluntad de las partes. Tercero, cuando no se dejan salvedades en el acta, se ha de entender que se renuncia a las reclamaciones judiciales.

El Consejo de Estado también establece los modos de liquidación del contrato en diversos casos:

1. Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad.
2. Cuando las partes den por terminado el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrá hacerse en todos los casos en que tal determinación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante.
3. Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declaró nulo.

4. Cuando la autoridad competente lo declare terminado unilateralmente conforme al artículo 19 del presente estatuto.

El Consejo de Estado estipula de manera general estos aspectos, los cuales son consecuentes en el análisis de su jurisprudencia y que conlleva a evaluar de manera clara los casos en cuanto a las sentencias que contengan algún conflicto relacionado con la liquidación de contratos. Siendo así, se procederá a evaluar algunas sentencias donde el Consejo de Estado ha determinado y resuelto tales conflictos a partir de lo estipulado desde su jurisprudencia, viéndose en conformidad desde el año 2012 hasta el año 2015.

Sentencia 16371 de 2012

Esta sentencia refleja una particularidad en cuanto a los tratamientos que el Consejo de Estado determina para evaluar la claridad con las cuales se exponen las inconformidades que deben contener las actas en los contratos. Como lo ha determinado Hernández (2009), existe un conflicto sobre cómo interpretar la liquidación, la cual se concentra en diversos aspectos polémicos:

1. los reconocimientos por la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato.
2. las prestaciones que se ejecutaron y que no se previeron en el contrato.
3. Las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual por daños causados a terceros con ocasión del contrato.

Para el análisis de la sentencia cabe destacar en especial el primer punto, y cómo el Consejo de Estado expone este asunto desde su jurisprudencia para resolver las demandas. En este caso, para ejemplificar mejor lo ocurrido es necesario conocer lo expuesto en la demanda:

Las partes celebraron un contrato de obra pública el 29 de octubre de 1992 para efectuar obras de reparación en la cárcel de mujeres de Pereira con un plazo de 17 semanas, contadas a partir del acta de iniciación, la cual se suscribió el 12 de julio de 1993. El contrato fue objeto de modificación mediante un acta de compensaciones suscrita por las partes; en su ejecución, sólo se presentó un acta parcial de obra del 23 de diciembre de 1993 y un acta final de obra del 12 de agosto de 1994, que sólo fue aprobada mediante acta del 8 de marzo 1995 debido a fallas y defectos detectados en las obras que el contratista debió reparar para que se efectuara el recibo a satisfacción. El contrato fue liquidado de común acuerdo pero en dicha liquidación, en la que el contratista dejó las respectivas salvedades, no se reconoció el reajuste del acta de recibo parcial al cual aquel tenía derecho y por tanto se accede a esta pretensión. No así al reajuste del acta final, por cuanto las obras no se recibieron a satisfacción dentro del plazo contractual, ni a las obras extras y mayores cantidades de obra que reclamó en la demanda, por cuanto no fueron pactadas en debida forma por las partes ni consta que la administración las hubiera ordenado, aprobado o recibido a satisfacción. (Sentencia 16371 de 2012)

Ante esto, el Consejo de Estado pretende establecer si las reclamaciones contenidas en la demanda son procedentes teniendo en cuenta que se estableció por medio de una liquidación bilateral del contrato, además si el demandante tiene el derecho al reconocimiento de los reajustes a las actas de la obra y al pago por obras adicionales.

La liquidación no se pudo establecer a común acuerdo, por lo que fue procedente su liquidación unilateral. No obstante, existe la posibilidad de elevar judicialmente reclamaciones relacionadas en eventos donde la parte interesada deja expreso salvedad en puntos específicos de inconformidad.

Las salvedades que se hagan al momento de la liquidación bilateral deben ser específicas, por ello el Consejo de Estado establece que:

En relación con las salvedades que se hagan en el momento de la liquidación bilateral, las mismas deben ser concretas y específicas, es decir que deben versar sobre puntos determinados de la liquidación que no se comparten, bien porque no se incluyeron reconocimientos a los que se cree tener derecho o porque se hicieron descuentos con los que no se está de acuerdo, etc. etc., lo que significa que tal salvedad no puede ser genérica, vaga e indeterminada ni puede consistir en una frase de cajón del tipo "*me reservo el derecho a reclamar por los pagos no incluidos en la presente acta*", porque en tal caso resultará inadmisibles como mecanismo de habilitación para la reclamación judicial de prestaciones derivadas del contrato liquidado, en la medida en que no se concretó el motivo de inconformidad del contratista. (Sentencia 16371 de 2012)

El contratista dejó salvedades respecto al reconocimiento de pago de obras adicionales y mayor cantidad de obra con su respectivo reajuste, elemento que no fue establecido en el acta de liquidación bilateral, pero a pesar de que algunas de las observaciones que se le efectuaron no correspondían a labores propias de sus obligaciones contractuales; pero a su vez también se evidenció que el contratista no entregó todas las obras dentro del plazo contractual.

De aquí surge la incertidumbre si resulta necesario establecer si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento de esas obras adicionales, teniendo en cuenta que el sólo hecho de su existencia no significa el derecho del contratista a reclamar su pago.

En este caso el Consejo de Estado acude al principio de la buena fe para informar a los contratos de la administración, cuando ésta es quien induce al contratista a ejecutar obras por fuera de los precisos términos del contrato sin haber perfeccionado formalmente tal modificación y recibe a satisfacción tales obras: “por ser indispensables para la ejecución del objeto contractual, ella está en el deber de responder frente al contratista por el valor de las mismas, cuando es por la decisión autónoma e independiente del contratista que éste ejecuta tales obras extracontractuales, no puede aspirar a comprometer la responsabilidad de la administración, por esos costos que de manera alguna ella aceptó asumir, directa o indirectamente” (Sentencia 16371 de 2012).

De este modo, el Consejo de Estado no considera las pretensiones al reconocimiento de mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista. Por tanto, la interpretación del Consejo de Estado deja entrever una interpretación respecto a las reclamaciones en las demandas al no establecerse con claridad los puntos específicos que declaran las salvedades en la liquidación de los contratos.

Sentencia 25199 de 2013

Esta sentencia también demuestra una particularidad en cuanto al tratamiento de la liquidación de los contratos por parte del Consejo de Estado en cuanto a las salvedades que se deben especificar para la entrega de pagos previos a la liquidación del contrato. De manera breve

la síntesis del caso se expone así: “El INCORA celebró un contrato de consultoría con la firma E.L. Profesionales Ltda., en el que se pactó la entrega de un anticipo del valor total del contrato, obligación que fue tardíamente cumplida por la administración” (Sentencia 25199 de 2013).

Para este asunto existen querellas que demuestran que existió un interventor para verificar la ejecución contractual, no obstante se establece que estos no tienen competencia para hacer modificación alguna, tales modificaciones son parte exclusiva del contrato, entidad contratante y el contratista: “la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial” (Sentencia 25199 de 2013).

A pesar de ello, el contratista no concurrió a suscribir la liquidación del contrato de común acuerdo con la entidad, momento en el cual ha podido efectuar las reclamaciones que a bien tuviera y en caso de no ser admitidas por el INCORA para ser incluido su reconocimiento en el acta bilateral de liquidación, habría podido la contratista dejar las salvedades que considerara pertinentes, con miras a efectuar su posterior reclamación judicial. No ocurrió, por tanto la entidad procedió a liquidar unilateralmente el contrato.

Para el Consejo de Estado, la reclamación para el reconocimiento de una suma adicional al valor inicial del contrato carece de soporte probatorio en el plenario. El contratista únicamente tiene derecho al pago del valor de las prestaciones ejecutadas en la forma acordada en el contrato, independientemente del monto de las asignaciones presupuestales efectuadas por la entidad. Sus

derechos económicos, surgen exclusivamente de la ejecución contractual y no de los movimientos presupuestales que aquella realice.

Por ello, en palabras de Hernández (2009), aquí se procede a la doctrina opuesta que comprende los derechos acordados en el contrato y lo que deriva de él sin dejar espacio a otras asignaciones ya sea de la entidad o del contratista.

Siguiendo la línea y al problema de las reclamaciones de las demandas que es frecuente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, de las reclamaciones efectuadas por la demandante sólo tiene vocación de prosperidad la atinente al pago de intereses moratorios por la entrega tardía del anticipo. Toda vez que tal reconocimiento no fue incluido en el acto administrativo de liquidación unilateral, resulta procedente la declaratoria de su nulidad parcial para incluir, como obligación a cargo de la administración, ésta de reconocer los intereses moratorios de manera proporcional al tiempo de retraso.

Sentencia 28744 del 2014

Esta sentencia refleja una tendencia, que al igual que se ha expuesto anteriormente en cuanto a los tratamientos que el Consejo de Estado determina para evaluar la claridad con las cuales se exponen las inconformidades que deben contener las actas en los contratos. De nuevo, para el análisis de la sentencia, como lo ha determinado Hernández (2009), sobre los reconocimientos por la responsabilidad del incumplimiento del contrato y cómo el Consejo de Estado expone este caso desde la doctrina estricta para resolver las demandas. En este caso, para ejemplificar mejor lo ocurrido es necesario conocer lo pretendido por el contratista:

El 19 de diciembre de 2002, REDENVIOS LTDA presentó demanda contra el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU- solicitando se declarara la nulidad de la Resolución No. 5535 del 10 de julio de 2002 y de la Resolución No. 9182 del 8 de octubre de 2002, por medio de las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad del contrato No. 299 de 2001 y se confirmó dicha decisión. Solicita además que se declare la nulidad del Acta No. 2 del 20 de noviembre de 2002 en la cual consta el Recibo Final y la Liquidación del contrato específicamente en lo relativo a la declaratoria de la caducidad del contrato y a la cláusula penal pecuniaria. (Sentencia 28744 del 2014)

Aquí es importante destacar que para El Consejo de Estado la liquidación de común acuerdo se determina como “una actuación administrativa posterior a su terminación normal (culminación del plazo de ejecución) o anormal (verbigracia en los supuestos de terminación unilateral o caducidad), con el objeto de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de cuentas para determinar quién le debe a quién y cuánto y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, y dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial” (Sentencia 28744 del 2014).

Respecto a la liquidación bilateral del contrato, expone que “quien esté inconforme con las cuentas que se presentan y el finiquito que se propone debe ineludiblemente expresar con qué y por qué no está de acuerdo y por consiguiente pedir o exigir el respectivo reconocimiento, de todo lo cual debe dar cuenta el acta respectiva pues ésta será finalmente la prueba de que expresó su inconformidad y que exigió el derecho que creía tener.” (Sentencia 28744 del 2014).

Respecto a la liquidación del contrato estatal existen constancias dejadas en las actas de la liquidación bilateral de los contratos estatales que establecen las condiciones de éxito de las pretensiones de la demanda: Así, el Consejo de Estado manifiesta que:

- a. Manifestarse con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiese sido motivo de inconformidad.
- b. La manifestación debe ser únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia.
- c. El inconforme debe identificar adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato. No tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema.
- d. La Sala recuerda que esta exigencia no solo es aplicable al contratista. También lo es para la entidad contratante.
- e. Pueden existir circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta. En este caso es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de buena fe contractual. Ejemplo: Casos de estabilidad de la obra, cuando un año después de suscrita el acta de liquidación falla la obra.
- f. Cuando la liquidación es unilateral, solo el contratista queda facultado para reclamar cualquier inconformidad.

- g. Si el negocio no se liquidó, las partes pueden demandarse mutuamente, en absoluta libertad en materia, pues no opera ninguna restricción.
- h. Las salvedades a la liquidación bilateral no se constituyen en un requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción, pero sí resulta ser un presupuesto de orden material en el marco de la legitimación en la causa por activa, en orden a lograr la prosperidad de las pretensiones.

Toda reclamación de la liquidación bilateral supone que además de consignar en el acta la correlativa salvedad también hay que expresar claramente los motivos y puntos de inconformidad. Si no se expresan de manera clara la reclamación, sencillamente se determina que existe conformidad. El Consejo de Estado determina así que quien no hace salvedades claras en el acta de liquidación, luego no puede pretender reconocimiento de derechos que al momento de la liquidación no reclamó.

Es entonces que se derivan los aspectos en cuanto a los reconocimientos de responsabilidad, que en este caso se expresa conforme a la posición del contratista demandante de no tener el compromiso claro de haber expresado de manera contundente los motivos de inconformidad en el contrato. El contrato, según la posición del Consejo de Estado no atribuye responsabilidades reconocidas al no existir una posición clara por parte del demandante para que fluyera la demanda, además de no existir ningún aspecto que respalde la demanda en lo estipulado en el acta de la liquidación del contrato.

Esto conlleva a determinar un aspecto en torno al reconocimiento de la buena fe objetiva en las obligaciones que existe en las partes contratantes: cada uno debe enterar de manera clara y precisa las particularidades que den lugar a inconformidad con lo que se propone. El Consejo

de Estado, por tanto, determina que en lo estipulado en el contrato no existen circunstancias claras que expongan la inconformidad del contratista:

En el cuerpo del acta que contiene la mencionada liquidación del contrato 299 no aparece manifestación alguna que de manera clara, concreta y específica señale lo que el contratista pretende que se le reconozca ni los motivos o razones que lo llevan a reclamar; aún más, no hay mención de que el contratista haya formulado alguna reclamación y mucho menos en qué consistía ella y si fue aceptada o negada, simplemente al final del acta, como ya se dijo, aparece una salvedad general según la cual el contratista manifestó “Me reservo el derecho a demandar ante el contencioso administrativo, el presente acto administrativo”. (Sentencia 28744 del 2014)

Por lo tanto, el Consejo de Estado asume que no existen pruebas por parte del contratista al momento de liquidar el contrato, ya que en el acta de la liquidación no se exponen reclamaciones concretas. De este modo, se dice que el contratista le formula unas pretensiones que al momento de la liquidación no fueron concedidas. Y se sostiene que se vulnera el principio de la buena fe contractual y por ello al contratista demandante no se le concurre su demanda, ya que como se dijo insistentemente sus pretensiones no fueron reclamadas ni salvadas de manera clara, concreta y específica al momento de liquidar el contrato.

Como se ha planteado, este aspecto está más encaminado en lo que se prevé desde la teoría estricta, la cual considera que “la liquidación, tal y como fue concebida en su génesis por el legislador, se refiere exclusivamente a las prestaciones y contraprestaciones pactadas en el contrato, esto es, a la ejecución de las obligaciones que surgen a cargo de cada una de las partes;

y aparte de estos extremos, sólo se preveía el evento de que, como resultado de la declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato, se hubiera ordenado hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o se hubieran impuesto multas, en aplicación de lo previsto en los artículos 60 y 61 del Decreto 150 de 19763” (Sentencia 28744 del 2014).

Es claro que el Consejo de Estado determina su postura al acordar que en el acta de liquidación no existen reclamaciones concretas. La ejecución de obligaciones fueron claramente estipuladas y el señalamiento del contratista está fuera de lugar en lo concebido en la liquidación, aunque en términos críticos para el caso en concreto, se trata de un problema de interpretación jurídica.

Sentencia 32797 del 2015

Los aspectos prominentes de las pretensiones de la demanda dejan en claro el establecimiento de uno de los problemas que se adjudican al procedimiento de la jurisprudencia nacional en el tratamiento de la liquidación de los contratos estatales, que se cohíben al tratar de reconocer las responsabilidades derivadas del incumplimiento de un contrato y los aspectos que no se previeron debido a los términos referidos a la caducidad por la liquidación del contrato modificados por la ley, y que llevan a uno de los aspectos difusos en cuanto a determinar las diferencias entre los términos de liquidación y de caducidad de un contrato por parte de los demandantes.

Para entender este caso hay que visualizar lo que se pretendía con la demanda:

El 29 de mayo de 2003 la Corporación Autónoma Regional de Nariño – Corponariño- presento demanda contra la Nación- Ministerio de Ambiente, Vivienda y

Desarrollo Territorial, solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones No. 0090 del 28 de enero de 2003 y la No. 0442 del 14 de abril de 2003, proferidas por éste y mediante las cuales, respectivamente, se liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo No. 92 de 1998 ordenándose el pago de la suma equivalente a \$247'273.176,00 y se resolvió el correspondiente recurso de reposición, así como también que el accionado carecía de competencia para expedirlos por haber operado la caducidad de la acción contractual. (Sentencia 32797 del 2015)

Ahora bien, las consideraciones según lo que se establece en la demanda se deduce que:

Por la época en que se terminó el contrato que ha dado lugar a este proceso, esto es, el 8 de marzo de 2000, las partes tenían un plazo de cuatro (4) meses para liquidar el contrato de común acuerdo, término que ya era legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, y si no lo lograban liquidar, la Administración debía hacerlo dentro de los dos (2) meses siguientes, plazo éste que había sido elaborado jurisprudencialmente pero que luego se convirtió en legal en razón de lo preceptuado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. Una vez concluidos estos dos términos, es decir los cuatro (4) meses iniciales y los dos (2) meses que le siguen, empezaban a correr los dos (2) años que la ley preveía en aquel entonces y prevé ahora como término de caducidad. (Sentencia 32797 del 2015)

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario ver cómo el Consejo de Estado establece unas diferencias entre la manera de contar la caducidad de la acción contractual cuando se dicta un acto administrativo mientras transcurre el plazo de caducidad, y cuando se suscribe un documento bilateral en el mismo lapso:

El acto unilateral se dicta muy cerca al inicio del cómputo de la caducidad: “El término para demandar este acto administrativo – puede ser el de liquidación unilateral – es lo que resta del término de caducidad que ya corre, hasta completar los 2 años” (Contratación en línea).

El acto unilateral se dicta muy próximo al vencimiento del plazo de la caducidad: “La caducidad de la acción contractual se cuenta desde la ejecutoria de la decisión, y de manera independiente, de modo que se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia y sobre todo, el derecho a controlar las decisiones del Estado” (Contratación en línea).

Si se practica liquidación bilateral cuando vencieron los términos para efectuarla e incluso una vez venció el término de la acción de controversias contractuales: “La caducidad para ejercer la acción no empieza a correr desde que se liquidó bilateralmente el negocio, porque quedaría abierta la posibilidad de que las partes liquiden en cualquier tiempo, incluso 10 o 50 años después de ejecutarse el contrato” (Contratación en línea).

El término de caducidad se cuenta normalmente a menos que se interrumpa por los medios legales. Es decir, los efectos no son los mismos que cuando se liquida el contrato unilateralmente, porque sólo en este evento es que se debe controlar la actuación unilateral de la administración. El contratista asume los riesgos de liquidar bilateralmente el contrato en estos términos. En este punto ni siquiera son válidas las salvedades que se dejen en el acta.

Para el caso de la sentencia, y según lo establecido por el Consejo de Estado, existe un problema derivado de la liquidación de un contrato unilateral. Para este caso, ¿cuál sería la acción procedente para impugnar un acto mediante el cual la administración ordena la liquidación unilateral del contrato, cuando ya ha operado la caducidad de la acción contractual?

Según lo analizado, el convenio Interadministrativo terminó el 8 de marzo del 2000, los cuatro meses que siguen vencieron el 8 de julio de 2000, los dos meses subsiguientes culminaron el 8 de septiembre de 2000 y la caducidad de dos años se consolidó el 8 de septiembre del 2002. Para el año 2003 la administración carecía de competencias para ordenar la liquidación del contrato, para esa fecha ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción contractual.

Precisamente uno de los problemas que trascurren en la demanda es la culminación de los plazos adjudicados del contrato en cualquier instancia, desde los plazos establecidos para liquidación de común acuerdo (4 meses posteriores de la fecha), ni de manera unilateral (dos meses después del vencimiento del último término). En otros términos, habiéndose terminado el Convenio Interadministrativo el 8 de marzo de 2000, los cuatro (4) meses que siguen vencieron el 8 de julio de 2000, los dos (2) meses subsiguientes culminaron el 8 de septiembre de 2000 y la caducidad de dos (2) años se consolidó el 8 de septiembre de 2002.

La postura estricta, para estos casos en particular, se puede determinar como la más funcional en los aspectos que el Consejo de Estado ha declarado ante la disposición de la demanda: “La problemática se centró luego en la consecuencia derivada de la no liquidación del contrato, ante lo cual se plantearon variadas soluciones. La más acogida consistió en considerar posible la liquidación unilateral o bilateral aun cuando se hubiesen cumplido los plazos legales o contractuales correspondientes, siempre que tal procedimiento se adelantara antes del vencimiento del plazo previsto en la ley para el ejercicio de la acción de controversias contractuales” (Hernández, p.9, 2009).

Pero el problema, no obstante, va más allá debido al tema de fecha de acción de la demanda y la eventual caducidad. La demanda presentada en el año del 2003, aun así la caducidad de la acción contractual ya había operado. La liquidación extemporánea comenzó a correr desde que se terminaron los plazos legales para realizarla. He aquí el problema en la liquidación, ya que existe un planteamiento amplio para determinar el problema sobre los plazos caducados para determinar la liquidación del contrato (tanto de manera unilateral como bilateral).

En éste orden de ideas, para la Sala es claro que en el presente asunto la administración decidió liquidar unilateralmente el convenio interadministrativo transcurridos más o menos 4 meses después de haber operado el fenómeno de la caducidad, de lo que se deduce sin reparo alguno que efectivamente no ostentaba la competencia temporal para hacerlo, pues tal como se precisó en la parte motiva de ésta providencia, si dejó vencer los términos para liquidar el Convenio respectivo sólo podía hacerlo antes de que operara la caducidad de la acción contractual. Ahora, el hecho de que la accionante haya presentado su demanda transcurridos 4 meses después de la expedición de las Resoluciones impugnadas, no por ello se debe entender que se debía contar el término de caducidad de la acción contractual posteriormente a su expedición, pues se repite esté se empezaba a contar desde la misma fecha en que concluyeron los 4 meses para intentar la liquidación bilateral y los 2 meses siguientes para intentar la liquidación unilateral y los términos de caducidad son de orden público y por consiguiente inmodificables por el querer de las partes. (Sentencia 32797 del 2015)

De ahí que la Sala haya determinado que la demandante equivocadamente instauró una acción contractual que ya estaba caducada: “En éstos términos, para la Sala es claro que la

demandante equivocadamente instauró una acción contractual que ya se encontraba caducada, cuando ha debido instaurar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones proferidas de 11 Folios 1 a 11 del c. No. 1. forma extemporánea por la administración, razón suficiente para declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda”(Sentencia 32797 del 2015).

De manera que la sentencia fue apelada y se declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda y devolver el expediente al tribunal de origen. Para este caso la Interpretación del Consejo de Estado no resuelve de manera práctica la liquidación del contrato estatal. Pero precisamente concurrió que a pesar de la determinación, no se sostuvo claramente las diferencias entre los términos de caducidad y liquidación, elemento que un demandante no puede determinar de manera satisfactoria ante la consternación derivada de la falta de claridad y establecimiento de plazos.

Es aquí importante determinar uno de los problemas que autores como Hernández ha destacado en cuanto el contenido de la liquidación y su oportunidad o el punto inicial de la caducidad de una acción, y es por eso que: “en consideración a que se han proferido numerosas providencias judiciales que no resuelven el fondo de la Litis por vicios relacionados con la liquidación —como cuando se confunde el punto inicial de la caducidad de la acción o cuando se demandó la responsabilidad contractual del Estado sin demandar el acto por medio del cual liquidó el contrato unilateralmente o cuando se demandó con idéntica pretensión sin que la liquidación bilateral comprendiera una salvedad—, conviene preguntarnos si es fundamental para la contratación estatal contar con la figura de la liquidación de los contratos” (Hernández, 2009, p.14).

Es de ahí importante el replanteamiento jurisprudencial sobre la figura de la liquidación de los contratos. Sin necesidad de concebir tal figura, las entidades pueden precisar las obligaciones y justificar el proceder del contrato, ya que cuentan con poderes para definir las sumas, los valores de la deuda, y en casos de incumplimiento, la efectividad de las cláusulas penales y garantías hacia el contratista.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A lo largo del análisis se evidenciaron diversos aspectos muy importantes en torno a la problemática de la liquidación de los contratos estatales, ya que se demuestra una tendencia continuista por parte del Consejo de Estado en el tratamiento de sentencias con referentes en cuanto al tema de la liquidación de contratos de común acuerdo. A partir de allí se identifican algunos problemas en cuanto a la jurisprudencia del Consejo de Estado evalúa tales demandas lo que pone en evidencia una dificultad en la liquidación de los contratos estatales especialmente en aspectos muy puntuales.

Lo más evidente es la existencia de dificultades en cuanto a la interpretación de las reclamaciones en las demandas y los motivos de inconformidad; es decir, respecto a la configuración de las salvedades en el contrato. A lo largo del análisis de las sentencias es manifiesta esta problemática y es una tendencia que se ha mantenido en la temporalidad analizada, es decir, desde el 2012 hasta el 2015 sin apenas denotar cambios.

Por lo tanto, el Consejo de Estado tiene un dilema en cuanto a la interpretación de las salvedades, ya que en todos los casos cuando la jurisprudencia hay que ponerla en práctica, y a pesar de que el Consejo de Estado tiene establecido unos parámetros concisos para actuar en caso de que las salvedades en los contratos no sean claros, siempre se pone en tela de juicio los parámetros para deducir las salvedades específicas. La interpretación deja entrever esta tendencia especialmente en el reconocimiento y/o reclamo de pagos que, al parecer y como se visualiza en las demandas, no son concisos al momento de la liquidación del contrato.

En varios casos no le queda otra opción al Consejo de Estado que exponer el reconocimiento de la buena fe al no haber una claridad en las reclamaciones, motivos de inconformidad, o en sí en las obligaciones en las partes contratantes.

La tendencia en no saberse corresponder de manera contundente en aquellos casos donde se procede a liquidar estos contratos de mutuo acuerdo pone en evidencia la necesidad de establecer alternativas para que la liquidación de los contratos sea más consecuente. Esto pone en evidencia la existencia de un conflicto sobre cómo se debe interpretar la liquidación, en primera medida en el reconocimiento de responsabilidades derivado del incumplimiento del contrato y en las prestaciones que se ejecutaron y no se previeron en este.

Una tendencia que surge como resultado del conflicto en sobre cómo proceder ante tales eventualidades es la lenta solución que se le da a este tipo de demandas, por lo que también es necesario algún mecanismo alternativo más ágil para lograr soluciones más directas. Frecuentemente, y particular para cada caso, se ha venido manejando principalmente la solución de este tipo de conflictos a través de la liquidación de contratos bilateral: “la liquidación bilateral de los contratos estatales constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos puesto que con sus suscripción, las partes aceptan que se han reconocido todas las sumas de dinero que existan pendientes para cada una de ellas, de tal manera que se ponga fin a las controversias que se suscitaron en la ejecución de contrato y puedan declararse las partes a paz y salvo” (Expósito, 2009, p.16).

No obstante, y correspondiendo a la línea que trabaja Hernández (2009), existen numerosos vicios relacionados con la liquidación que no dejan actuar de manera eficiente la liquidación de contratos bilateral: “como cuando se confunde el punto inicial de la caducidad de la acción o cuando se demandó la responsabilidad contractual del Estado sin demandar el acto

por medio del cual liquidó el contrato unilateralmente o cuando se demandó con idéntica pretensión sin que la liquidación bilateral comprendiera una salvedad” (Hernández, p.15, 2009).

La liquidación bilateral no corresponde a una línea alternativa como tal para lograr una mejoría en la manera de tratar la liquidación de los contratos para las eventualidades ya analizadas. Es entonces necesario el replanteamiento de la figura de la liquidación de los contratos. De nuevo Hernández (2009) aterriza la cuestión al evidenciar la inoperatividad que tiene esta figura al no ser necesaria si se toma en cuenta algunos aspectos: Si está liquidado bilateralmente, sólo procede el ejercicio de la acción cuando se ha dejado salvedad en el acta de liquidación bilateral. Si está liquidado unilateralmente, solo procede cuando se demanda la nulidad del acto. Si está liquidado unilateralmente, no procede el proceso arbitral porque los árbitros carecen de competencia para analizar la nulidad del acto de liquidación unilateral.

Es entonces que, más allá de proponer un mecanismo alternativo, se trata es de inhabilitar la figura de la liquidación de los contratos, ya que “con la figura de la liquidación o sin ella, las entidades pueden definir quién le debe a quién y cuánto, como sucede con las actas finales o de recibo final, en las que hay clara constancia del comportamiento del contrato y de las sumas causadas” (Hernández, p.14, 2009).

Y contrario a la propuesta del mecanismo de liquidación bilateral para la resolución de conflictos, tal dispositivo solo supone un obstáculo debido a la falta de claridad, como ya se ha demostrado en el consecuente análisis, tanto para la misma administración como para el desarrollo de la jurisdicción arbitral en el país.

En suma, la interpretación del Consejo de Estado no resuelve todos los problemas prácticos y teóricos en la liquidación de los contratos estatales, especialmente en cuanto a las reclamaciones y motivos de inconformidad; es decir, en tratar de definir de manera correcta y

deliberada las obligaciones en las partes contratantes al momento de concretarse la liquidación del contrato .

La mejor forma posible para tratar de enmendar estos vicios en la contratación y que conlleven a una aplicabilidad más óptima de solventar los compromisos en las partes que intervienen en el contrato es la eliminación de la figura de la liquidación de los contratos, un elemento que a final de cuentas también es acorde con las finalidades de la administración pública y los principios y derechos establecidos en la Constitución Nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Bendeck Olivella, Jorge (1992). *Exposición de Motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. En Gaceta del Congreso, Año I, No. 75, miércoles 23 de septiembre de 1992.
- Contratación en Línea. Sentencia Consejo de Estado. *Liquidación del Contrato Estatal. Clases de Liquidación*. Disponible en: <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=147&module=navigationmodule>
- De Vivero Arciniegas, Felipe. (2007). *Contratación Estatal: Aspectos controversiales*. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.
- De Vivero Arciniegas, Felipe. (2010). *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá. Ediciones Uniandes.
- Escobar Gil, Rodrigo. (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá D.C.: Legis,
- Expósito Vélez, Juan Carlos (2009), *La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos* En: Colombia Revista Digital Del Derecho Administrativo ISSN: 2145-2946 ed: Editorial Universidad Externado De Colombia v.1.
- Hart, Helbert. (1961). *El concepto del derecho*. Oxford: Oxford University Press.
- Hernández Silva, Aida Patricia (2009). *La liquidación del contrato estatal. Contratación estatal. Contratación Estatal: Estudios Sobre La Reforma Del Estatuto Contractual Ley 1150 De 2007*. En: Colombia ISBN: 9587104021 ed: Universidad Externado de Colombia.
- Herrera Barbosa, Benjamín. (2003). *Contratos Públicos*. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Laguado Giraldo, Roberto. (2005). *Política pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia*. Coventry. Inglaterra: The University of Warwick Recuperado de www.lablaa.org/blaavirtual/tesis/colfuturo/dissertation.htm.
- Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. (2007). *Contratos estatales. Ley 80 de 1993*. Bogotá D.C.; Temis S.A.
- Matallana Ernesto. (2005). *"Manual de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993. Una explicación de sus principales instituciones a partir de la exposición de motivos de la ley, la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa y la doctrina en Colombia*. Bogotá D.C.: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia
- MESA NIEVES, Luis Eduardo. (2002). *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Montes, De Echeverry, Susana (2004), *Liquidación de los contratos, oportunidad*. En Revista de Derecho Público, No. 17- Aspectos controversiales de la contratación estatal. Universidad de los Andes, Bogotá.

Normatividad.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Código Contencioso Administrativo, libro I. Los procedimientos administrativos. Título I. Actuaciones administrativas. Capítulo I. Principios generales.

Ley 80 de 1993.

Ley 200 (28, julio, 1995),

Ley 734 de (5, febrero, 2000)

Ley 1150 de 2007

Ley 1474 (12, junio, 2011).

Ley 1712 (6, marzo, 2014).

Decreto 1082 (26, mayo, 2015).

Decreto N° 2662. (28, Diciembre, 1992)

Decreto 2170 (30, septiembre, 2002).

Decreto 2434 (18, julio. 2006).

Jurisprudencia

Consejo De Estado Sala De Consulta Y Servicio Civil

Concepto del 6 de agosto de 2003, Radicación 1.453, Consejero Ponente: Tejos Jaramillo, Augusto. Salvamento de voto de Susana Montes de Echeverri.

Concepto del 31 de octubre de 2001 Radicación número: 1365 Consejero ponente: Rodríguez Arce, Flavio Augusto.

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera

Subsección A Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246) 31 de marzo 2011. Consejero ponente: Andrade Rincón, Hernán, Actor: Suárez Lagos, Éver Alfonso.

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera

Subsección B Concepto del 29 de febrero de 2012 Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371) Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera
Subsección B Concepto del 28 de febrero de 2013 Radicación número: 25199. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera
Subsección C Concepto del 12 de junio de 2014 Radicación número: 28744. Consejero ponente: Jaime Santofimio Gamboa.

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera
Subsección C Concepto del 16 de marzo de 2015 Radicación número: 232797. Consejero ponente: Jaime Santofimio Gamboa.