

LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Autor:

JENIFFER TATTIANA SALDARRIAGA LÓPEZ

Asesor:

CARLOS ARTURO PIEDRAHITA CÁRDENAS

Jurados:

CAROLINA CLAVIJO CARREÑO

RODOLFO ANDRÉS CORREA VARGAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

MEDELLÍN

2015

LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Jeniffer Tattiana Saldarriaga López¹

Resumen

El tema de la contratación estatal se está convirtiendo en los actuales momentos en una de las líneas más atractivas para la investigación académica. El auge que está tomando la contratación pública como consecuencia del empequeñecimiento del estado; es de tal magnitud que hoy se presentan en la universidades programas específicos de posgrado referentes a como se deben manejar desde la legalidad los recursos públicos, vía contratación.

En ellos está el tema de la liquidación. Solo desde la legalidad se puede finiquitar el negocio público. El cómo hacerlo es el contenido del presente; es determinar jurídicamente como la ley estableció unas reglas normativas específicas que deben regir la actuación de los servidores públicos. Su deber es terminar una actuación administrativa determinando derechos y obligaciones para las partes del contrato: el contratista y la administración.

Abstract

the issue of government procurement is becoming the present time one of the most attractive for academic research lines. The boom that is taking the public procurement as a result of the shrinking of the state is such that today universities are presented in specific graduate programs regarding how should be handled from the legality of public resources via contract. In them is the issue of settlement. Only since the law can settle the public business. The content is how to do this, is to determine how the law legally established rules specific regulations to govern the conduct of public servants. His

¹

Estudiante de derecho, articulo para optar el titulo de Abogada 2015

duty is to complete an administrative action determining rights and obligations for the parties to the contract, the contractor and administration.

Palabras Claves:

Contrato, negocio, transparencia; liquidación bilateral, liquidación unilateral, liquidación parcial, liquidación judicial.

Dentro de todo el proceso administrativo contractual (Osorio Moreno, 2008, p. 19)², la etapa de la liquidación es una de ellas y constituye el finiquito de toda una actividad de la Administración Pública (Osorio Moreno, 2008, p. 19)³ tendiente a solucionar una necesidad específica y suficientemente identificada, a través de la Planeación y la gestión pública.

Definiciones La liquidación se ha definido desde la jurisprudencia y la doctrina de muy diversas maneras y contenidos:

El profesor Expósito Vélez define la liquidación “en principio, como **un negocio jurídico** bilateral cuyo objeto es la realización del corte de cuentas entre las partes contratantes, en el cual queda establecida la relación directa entre las prestaciones ejecutadas, el valor cobrado por las mismas y su cancelación por

² “Al respecto ha señalado el Consejo de Estado: lo primero que debe definirse a fin de precisar si la ley 80 de 1993 cambió el sistema de control anterior o si se mantiene, es qué se entiende por “actividad contractual”, respecto de lo cual cabrían dos interpretaciones:

-Una de carácter restrictivo que comprendería solamente los actos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato, es decir, en la etapa de ejecución del mismo. No quedarían cobijados los actos previos y separables, que se someterían como antes al contencioso de nulidad y de nulidad y restablecimiento y frente al cual serían partes legitimadas cualquier persona y el particular afectado, respectivamente.

-Otra de carácter amplio que comprendería todos los actos expedidos en el procedimiento administrativo de celebración y ejecución del contrato.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia 9118 del 18 de septiembre de 1997.

³ “El artículo 39 de la Ley 489 de 1998, define a la Administración Pública en los siguientes términos: La administración pública se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano...”.

parte del deudor de estas, sin perjuicio de los descuentos económicos a que haya lugar con motivo de la aplicación de estipulaciones contractuales específicas” (Expósito Vélez, 2003, p. 89). Más adelante en la misma obra (p. 91) agrega que es **un acto final** en el desarrollo de la relación jurídica bilateral entre la Administración y el contratista que permite evidenciar el estado de ejecución del objeto pactado y todas las prestaciones y obligaciones anexas al mismo por cada una de las partes involucradas en el contrato. Nos separamos del concepto del citado profesor, por cuanto confunde dos conceptos jurídicos autónomos, el concepto de negocio y acto. De manera pertinente no se puede olvidar que en el mundo del Derecho, los conceptos de Acto, Negocio y Contrato jurídicos son precisos; “El negocio jurídico es el instrumento de la autonomía privada, propuesto por la ley y a disposición de los particulares, a fin de que puedan servirse de él, no para invadir la esfera ajena, sino para ordenar la propia, en las relaciones recíprocas” (Osorio Moreno, 2008, p. 25). “Es clara la diferencia entre la noción de “contrato” y de “negocio jurídico”:

- Son construcciones que responden a culturas jurídicas diferentes y representan distintos grados de generalización.
- El negocio jurídico comprende a los actos unilaterales y bilaterales (contrato), patrimoniales (contrato) y no patrimoniales; los actos entre vivos (contrato) y los sucesorios” (Osorio Moreno, 2008, p. 25).

A su vez, la diferencia entre acto jurídico y negocio jurídico la expone el maestro Hinestroza, así: viene en seguida La consideración del acto jurídico propiamente dicho, separado y diferenciado del negocio jurídico. El acto, como comportamiento al que la ley dota de efectos precisos fijos, dispuestos íntegramente por ella sola; Y el negocio jurídico entendido como acto de autonomía privada jurídicamente relevante: la ley, por lo general, no delimita del todo su contenido, sino que señala orientaciones y límites a la

actividad imperativa y, al no hallar reparo que formularle, la interpreta, la ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillada en uno de los tipos socialmente reconocidos, le adjudica los efectos que mejor correspondan a aquella determinación, así clasificada y alindada; p. ej., el contrato, el testamento, la decisión de la asamblea o junta de socios o de comuneros (cfr. Arts 1501, 1603, 1127 y 1618 y ss., C.C.) (Osorio Moreno, 2008, p. 24)⁴.

La liquidación no puede ser un negocio porque no es generador o creador de obligaciones jurídicas, su campo no es el de ser fuente obligacional sino ser un acto extinguidor de ellas. En este sentido la liquidación es una CONVENCIÓN (Sierra García, 2008, p. 138)⁵, es un acto jurídico de voluntad (o de ley) y por tanto

⁴ También en esta cita se tiene “ la doctrina moderna distingue en razón de su importancia la figura del negocio jurídico, en la que envuelve todos los actos de autonomía privada relevantes para el derecho como tales, de la del contrato, que representa solo una especie del genero negocio: el acto bilateral o plurilateral con contenido patrimonial...Scognamiglio, Renato. Teoría general del contrato. Trad. De Fernando Hinestroza; Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 7”.

⁵ “CONVENCIÓN. Del latín con: juntos, venire: venir). Es un acuerdo de voluntades con el fin de crear o extinguir o modificar obligaciones. La Convención es genérica. El Contrato es específico, pues éste solamente crea obligaciones. Los romanos la definieron así: “Conventio est duorum pluriumve in ídem placitum consensus. “la convención es el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa”. (Digesto, 2,14 de pactis, fr.)”. para la Doctrina nacional civilista es claro el concepto, para González Gómez, Eudoro. De las Obligaciones en el derecho civil colombiano. Colección pequeño foro. p. 8. (sin más datos) “Según el art. 1495 c.c., contrato o convención, es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. En esta definición se equiparan o hacen sinónimos los términos contrato y convención, conceptos que en tecnología jurídica son distintos. Convención es términos genérico y se aplica a todo acuerdo que produce un resultado económico; al que crea, modifica, extingue o traspasa derechos; en cambio, el contrato es específico y se aplica sólo al que produce obligaciones. Todo contrato es convención pero no a la inversa”; Baena Upegui Mario. De las Obligaciones en Derecho Civil y Comercial. Legis. 3 ed. Colombia. 2002. p. 17 “El colombiano en su artículo 1495...Confunde contrato y convención que son categorías jurídicas relacionadas de género a especie, pero no sinónimas. El consentimiento en el contrato se dirige a crear obligaciones; en la convención el acuerdo nace para crear, conservar, modificar, transferir, o extinguir obligaciones. Por eso se ha dicho que todo contrato, especie, es una convención, más no toda convención, genero, es un contrato. La tradición, por ejemplo es una convención que extingue obligaciones sin que pueda jamás tenerse como contrato.” Para el gran tratadista nuestro Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. DE LAS OBLIGACIONES. Tomo III. 3 edición. Temis. Bogotá 1968. p. 59 “Según el art. 1495...1) la génesis de esta noción se encuentra se encuentra en Pothier, para quien el contrato es una convención “por la cual dos partes recíprocamente, o solo una de ellas, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer una cosa”

Contrato y convención no son términos sinónimos. Para Pothier, la convención o pacto es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas un compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo. La especie de convención que tiene por objeto formar un compromiso, es decir, crear obligaciones, es lo que se llama contrato.

A pesar de que el art. 1495 identifica los términos contrato o convención, no obstante son términos diferentes, pues todo contrato es convención, mas no toda convención es contrato. La venta, el arrendamiento, la fianza, etc. Son contratos, pues su finalidad consiste en establecer obligaciones; el cumplimiento de las obligaciones (los pagos, las tradiciones, las simples entregas materiales de las cosas), la cesión de créditos, la resolución de los

es una relación jurídica ordenada desde la voluntad o desde la ley. El contenido de la liquidación es del mismo sentido que el del contrato, es de naturaleza económica y por ello es una convención de naturaleza económica

Otras definiciones citadas por la obra LA LIQUIDACION de Cristian Andrés Díaz Diez (2013, p. 182) son: Aída Patricia Hernández lo define como **un ajuste formal de una cuenta o un procedimiento** mediante la cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales. Juan Ángel Palacio Hincapié argumenta que **es un relato histórico** del contrato y del hacer de las obligaciones contractuales. Jorge Bendek Olivella dice que es un procedimiento. El Consejo de Estado dice que es una **operación administrativa** para declarar cumplida y terminada la relación contractual. Luego que era un **corte de cuentas** entre las partes. Después que era una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal (Díaz Diez, 2013, p. 209)⁶, cuyo **objeto** es el de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial (Díaz Diez, 2013, p. 48). A partir de las distintas consideraciones anteriores acerca de lo que debe entenderse por liquidación, queda claro que hace parte del contrato, lo que significa que liquidación sin contrato no tendría sentido, ni razón de ser. Se sostiene esto para aseverar que la liquidación no goza de independencia, no existe por sí misma. Es una argumentación clara para aseverar en términos jurídicos que la liquidación no es fuente generadora de obligaciones y por lo tanto tampoco es un negocio en sentido creador de obligaciones. La liquidación tiene naturaleza negocial porque es el contrato quien de por sí, es un negocio oneroso (redundante). La naturaleza de la liquidación es la misma de la del contrato administrativo.

contratos formados, etc., son convenciones pero no contratos, ya que mediante esos negocios jurídicos no se establecen obligaciones, sino que se extinguen las que existían entre dos personas, se modifican o trasmiten”.

⁶ El Profesor detalla que son varias las disposiciones de la ley 80 de 1993 permiten la liquidación por terminación anticipada del contrato: el artículo 16, el art. 18, el art. 45, el art. 17 todos de la ley 80 de 1993

El momento “dentro” del contrato, de la liquidación se presenta por regla general una vez terminado el primero. Pero sostengo que puede haber dos momentos adicionales, el primero es cuando se presentan “liquidaciones parciales” y el segundo cuando se debe verificar el cumplimiento de lo acordado en la liquidación, es en el momento de la extinción. Esto último debido a que no solo basta que se realice la liquidación, sino que es necesario que se haga una real verificación de cumplimiento de las decisiones plasmadas en el acto o acuerdo liquidatorio, solo en este momento se puede sostener que existe paz y salvo entre las partes y no en el acuerdo o acto o sentencia de liquidación. El paz y salvo solo se debe entender como el real cumplimiento de lo debido, que quiere decir que ya no se debe.

Lo anterior significa que la liquidación dentro del contrato estatal se puede realizar: en la ejecución, después de la terminación y para la extinción del contrato.

Ese ajuste de cuentas hace referencia a “un doble alcance: (i) hacer un balance definitivo del negocio, en sus aspectos técnicos, financieros y jurídicos (aspecto objetivo o material) y (ii) definir la situación jurídica de las partes, estableciendo si pueden constituirse o no a paz y salvo; lo que exige, en la práctica, que los negociantes dialoguen e intenten ponerse de acuerdo (aspecto subjetivo)” (Díaz Diez, 2013, p. 53). Dentro de las jurídicas debe tenerse presente si la actuación de las partes se ajustó a Derecho, si sus actuaciones respetaron las normas sobre contratación y los derechos subjetivos propios y de los terceros; en cuanto a lo técnico se debe revisar si las partes adquirieron, emplearon y dispusieron de los elementos e insumos materiales a los cuales se habían comprometido; y lo financiero comprende cómo se realizó el gasto de los recursos públicos con ocasión del contrato.

Objeto.

Como procedimiento (Exposición de motivos al proyecto de ley N°149 de 1992, Senado; Acum N°177 de 1992; Cámara N°205 de 1993, por medio de la cual se expide el “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” - Gaceta del Congreso Número 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, p. 21)⁷ que es y que hace parte del contrato tiene como finalidad el que se determine el resultado de cómo se desarrollaron en la realidad, las condiciones jurídicas para los intervinientes y que fueron plasmadas en el contrato. La liquidación es una constatación o verificación entre las obligaciones contractuales y la actividad desplegada por el contratista y la administración para el cumplimiento de las mismas:

El objeto de la liquidación, no es otra que determinar con claridad cuál fue el estado general de ejecución de las obligaciones a cargo de las partes, se hacen los requerimientos a que haya lugar y se declaran a paz y salvo (Rodríguez Tamayo, 2013, p. 457).

Liquidaciones parciales.

Es la que puede ocurrir dentro de la ejecución del contrato, pero cuando las partes consideren que hay lugar a ella. La ley 80 de 1993 y demás normas

⁷ “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 quien, qué o cuanto 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”

Igualmente la jurisprudencia ha sido clara: La Sección Tercera de esta Corporación señala sobre el objeto de la liquidación: “La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no se hicieron en ese momento”. (Sentencia de abril 10 de 1997, Exp. 10.608).

concordantes no especifican en que momento debe hacerse. La liquidación parcial debe realizarse cuando racionalmente el contrato y el cumplimiento de las obligaciones del mismo lo permitan o indiquen. No es de usanza que las liquidaciones parciales se detallen en el contrato, pero con igual razonamiento jurídico se puede decir que si lo pactan no va contra el espíritu o sentido de la contratación estatal. La liquidación parcial solo puede operar de manera consensuada y no unilateral, la administración no la puede imponer y no la puede realizar de manera unilateral, esto porque cuando la administración en ejercicio de su poderes de dirección y excepcionales para determinar un incumplimiento no lo hace sobre una parte del contrato, sino sobre todo el contrato, así el incumplimiento recaiga sobre una de las obligaciones individualizadas o específicas. El incumplimiento se determina es sobre el contrato estatal y no sobre las obligaciones. Por eso la liquidación parcial es un acto de voluntad de las partes “por medio del cual las partes acuerdan el estado en el que quedan ciertas obligaciones derivadas del contrato” (Díaz Diez, 2013, p. 71) cuando el contrato mismo está o continua en ejecución.

Las liquidaciones parciales son eso, parciales o sea que no gozan de ley para las partes, en tanto pueden y deben ser retomadas en la liquidación final. Ni siquiera gozan de la protección jurídica de acción:

Es necesario advertir, en este tema, que cuando se produce la liquidación del contrato es necesario que el acto que se debe demandar es el definitivo que aprueba la liquidación y no aquellos que contienen liquidaciones parciales que se han producido en el curso de la ejecución del contrato, ya que estos constituyen actos de trámite y, por tanto carecen de acción. Sobre el particular pueden consultarse la sentencia del 9 de Octubre de 1980 (Ramos Acevedo & Ramos Acevedo, 2014, p. 166).

Terminación del contrato.

Es el momento jurídico-administrativo donde las partes declaran que han cesado sus actividades para el cumplimiento de las obligaciones del contrato. Puede darse que la terminación solo sea decisión de la administración, sin que tenga que contar con la aquiescencia del contratista. “se entiende por finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional de la administración” (Díaz Diez, 2013, p. 63).

La terminación contractual puede ser de manera normal o anormal, siendo el criterio que lo determine el si se cumplieron o no los propósitos al celebrar el contrato o se termina de manera diferente al sentido que le dio origen. La primera manera puede darse por (Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 20.968, C.P. Mauricio Fajardo Gómez⁸:

- El cumplimiento del objeto del contrato.
- El vencimiento del plazo extintivo de duración.
- La terminación o vencimiento del plazo extintivo convenido para la ejecución del objeto del contrato.

El acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes.
De manera anormal puede ocurrir por:

⁸ Ver también Díaz Diez, Cristian Andrés. La Liquidación. Librería Jurídica Sánchez Ltda y otro. Medellín. 2013, p. 58. **También**, citado por Díaz Diez “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera: Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006). Radicado número 76001-23-31-000-1994-0507-01 (15239).” **También**, C O N S E J O D E E S T A D O - Sala de Consulta y Servicio Civil - Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA - Bogotá, D.C, diciembre catorce del año dos mil (2000). - Radicación número: 1293 -Actor: MINISTRO DEL INTERIOR - Referencia: Contrato estatal. Cláusulas excepcionales; límite temporal para su aplicación.

La desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado.

La terminación unilateral propiamente dicha (art. 17 Ley 80 de 1993, Reglamentado por el Decreto Nacional 1436 de 1998), en los contratos estatales que sea procedente esa cláusula excepcional (art. 14, Ley 80 de 1993).

La declaratoria de caducidad administrativa del contrato, en los cuales sea procedente esa cláusula excepcional (art. 18, Ley 80 de 1993).

La terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; la nulidad de los actos administrativos que fundamentan el contrato, y la celebración del contrato expresamente prohibido (art. 45, Ley 80 de 1993)

El desistimiento –o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% (artículo. 16 ley 80 de 1993) del valor original del mismo en los contratos estatales que sea procedente esa cláusula excepcional (artículo. 14, Ley. 80/93),

La declaratoria judicial de terminación del contrato,

La declaratoria judicial de nulidad del contrato

La terminación de común acuerdo entre las partes o mutuo disenso como cuando surgen circunstancias que hacen imposible que se llegue al final como se esperó desde el perfeccionamiento del contrato. En este momento incluso se acepta que las partes lleguen a los acuerdos necesarios e indemnizaciones respectivas. El

profesor Rodríguez Tamayo (2013, p. 460) y (Díaz Diez, 2013, p. 59)⁹, cita como argumento para sostener esto a Miguel Ángel Bercaitz; Consejo de Estado; Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 20.968, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y Subsección “B”, Sentencia del 26 de julio de 2012, Expediente 23.635, C.P. Danilo Rojas B.

La terminación unilateral solo admite que la administración la pacte por razones de conveniencia cuando se confunde con el interés general, el servicio público o la realización de los fines del estado, pero no la conveniencia o discrecionalidad particular del gobernante o de la administración.

Además de las causas de terminación unilateral consagradas en la ley específica de contratación: ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 La terminación unilateral también puede tener cabida en leyes especiales

También, la misma corporación (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 20.968, C.P. Mauricio Fajardo Gómez), avaló el pacto de terminación unilateral por causales distintas a la ley 80 de 1993, en contratos celebrados por entidades públicas sujetas al derecho privado. Igualmente precisó, en la misma providencia, que existen normas especiales que autorizan terminaciones unilaterales en los casos de los contratos de mandato civil, el contrato de mandato comercial, el contrato de arrendamiento de servicios, el contrato de suministro sino se ha previsto plazo de duración, el contrato de seguros, el contrato de hospedaje, el contrato de cuenta corriente, el

⁹ “El Consejo de Estado se ha referido al modo de terminación del contrato estatal por el mutuo consentimiento de las partes, expresando que dentro de la contratación pública pueden acaecer eventos en los cuales se hace necesario terminar el vínculo negocial, sin que se haya producido la ejecución del contrato, lo cual puede resolverse acudiendo a las normas del derecho común, a través del acuerdo de las partes o el desistimiento del contratista. Además, ha sostenido que, independientemente del modo de terminación del contrato estatal, luego de aquella este se coloca en una etapa de liquidación (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicado número: 10781”.

contrato de cuenta corriente bancaria, el contrato de cajillas de seguridad (Rodríguez Tamayo, 2013, p. 461)

Es de anotar que ambas figuras son propias, están dentro del contrato estatal y por eso se puede sostener que son dos momentos distintos del contrato. Todos los contratos una vez iniciado su ejecución tienen que tener una terminación (normal o anormal), pero no toda terminación genera o conlleva a la liquidación, ya que solo se da en los casos ordenados o consagrados en la ley. La normatividad en sentido general que las regula son los arts. 16, 17, 60, 70 y 71 de la ley 80 de 1993.

La liquidación del contrato tiene como propósito hacer un ajuste final de cuentas y finiquitar el negocio mediante el reconocimiento de saldos a favor de alguna de las partes o de declararse a paz y salvo, según el caso. Con la liquidación del contrato el circuito negocial queda terminado y cerrado definitivamente en lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato para las partes, lo que implica la extinción definitiva del vínculo contractual y la certeza del pasado y futuro del contrato, con lo inexistente será el limbo en que permanecen aquellos que no son liquidados. De ahí la importancia de esta figura, increíblemente desatendida por muchas entidades estatales”: Dávila Vinuesa. Régimen jurídico de la contratación estatal (Expósito Vélez, 2003. p 91.

Que debe ir en la liquidación:

Según las normas Art. 60 de la ley 80 de 1993, subrogada por la ley 1150 de 2007 en su art. 32 modificado parcialmente por el artículo 217 del decreto 019

de 2012¹⁰ se puede deducir que en dicha actuación deben consagrarse: -ajustes, revisiones, y reconocimientos:

- Acuerdos, conciliaciones, y transacciones
- Extensión o ampliación de la garantía de estabilidad, de calidad del bien o servicio
- La provisión de repuestos y accesorios
- Pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones
- Responsabilidad civil y en general avalar las obligaciones que debe cumplir a la extinción del contrato

Clases:

La jurisprudencia ha distinguido que la liquidación puede darse de tres maneras jurídicas, “el contrato se puede liquidar en forma bilateral, mediante acuerdo entre las partes; por acto administrativo proferido por la entidad y mediante sentencia judicial o laudo arbitral, cuando alguna de las partes ejerce la acción de controversias contractuales y demanda la liquidación del mismo” (Consejo de Estado, 2009, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. Radicado número: 25000-23-26-000-1992-08345-01 (15757)).

Liquidación bilateral:

¹⁰ Ver fallo Consejo de Estado 12513 de 2000.

Esta se presenta cuando las partes acuden voluntariamente y jurídicamente a finiquitar y realizar el acto último del contrato. La base de este acuerdo es la voluntad. Desde el ámbito del Derecho positivo occidental moderno la voluntad es la causa que le da sentido. Es un desarrollo de la racionalidad humana, que tiene “movimiento” cuando es impulsada por la libertad individual para tomar decisiones. Esa llave de voluntad, libertad y decisión son la unidad que se conoce como autonomía de la voluntad. Es un concepto moderno que soporta filosóficamente la modernidad como expresión evolucionada de la racionalidad del hombre como constructor y director de la sociedad, esto es, de sí mismo.

En cuanto a la relación de la autonomía de la voluntad y el contrato es estrecha y determinante para este último, “Dentro de la evolución de la concepción del contrato, encontramos que la autonomía de la voluntad aparece como una de las características en la acepción liberal del contrato, entendida como la posibilidad de contratar o no, de seleccionar al contratante, y de determinar el contenido del vínculo, como desarrollo del derecho fundamental a la libertad, que era considerado anterior a la organización del Estado.

Esta configuración del principio de la autonomía de la voluntad fue notoriamente restringida durante la implementación de la economía de bienestar, en el siglo XX, debido al modelo keynesiano de la economía, que llevó a la planificación estatal y a las regulaciones del contrato basadas en el orden público. Durante este periodo la autonomía de la voluntad fue restringida fuertemente, y la libertad no fue ya considerada anterior a la organización del Estado, sino un derecho que podía ser limitado.

Como reacción a la economía de bienestar y a la política intervencionista estatal surgió una concepción, en las últimas tres décadas del siglo XX, como lo señala Ricardo Luis Lorenzetti:

Se afirmó que había demasiadas regulaciones, exceso de intervención, y que ello era suficiente; había que retornar al liberalismo con sus banderas tradicionales: libertad e iniciativa privada...

El modelo teórico era el siguiente: se postuló el retorno a la autonomía privada irrestricta para que cada individuo tuviera control sobre su vida...

Posteriormente, con el fenómeno de la globalización de las economías, la mayoría de los países aceptan y permiten la utilización de contratos como el franchising, leasing, factoring, securities, swap, y otros, sin dictar leyes y aceptando las costumbres o su tipicidad social (Osorio Moreno, 2008, p. 26)¹¹.

En materia de liquidación del contrato estatal es desde su voluntad donde las partes deciden como cerrar jurídicamente el negocio-contrato. Es un ajuste final de cuentas (Rodríguez Tamayo, 2013, p. 463)¹², “corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional” (Consejo de Estado, 2006), C. P. Mauricio Fajardo Gómez).

¹¹ “El fundamento de la aparición d la autonomía de la voluntad en el derecho privado, se concretiza en fundamentos filosóficos y económicos planteados en el siglo XVIII, en el sentido que las obligaciones contractuales nacen producto de la libertad de los contratantes y que la libertad económica garantiza el equilibrio y la justicia económica en las relaciones de regulaciones de intereses entre los asociados”

¹² “Al efecto puede consultarse sentencia 1743 proferida el día 16 de mayo de 1982, reiterada en sentencia 12660 proferida el 16 de febrero de 2001”. Expósito Vélez, Juan Carlos. Forma y contenido del Contrato estatal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. p. 91. “Se trata del acto final en el desarrollo de la relación jurídica bilateral entre Administración y contratista que permite evidenciar el estado de ejecución del objeto pactado y todas las prestaciones y obligaciones anexas al mismo por cada una de las partes involucradas en el contrato, siendo imperativo proceder a que se ajusten todas las cuentas que se suscitaron con ocasión de la ejecución del contrato, que puedan hacerse los reconocimientos o determinarse las indemnizaciones a favor del contratista o de la propia Administración, así como el registro de la aplicación de sanciones al contratista que autorice a la entidad contratante a retener las sumas que estime se le deben con ocasión de la ejecución del contrato”.

Mírese como desde el Consejo de Estado no es extraño el carácter convencional de la liquidación del Contrato Estatal. La liquidación bilateral es una convención de naturaleza negocial o económica.

Es de anotar que desde la órbita del Derecho Público, la voluntad de la Administración o contratante está determinada por la ley, lo que significa que su actuación en la liquidación es observarla e interpretarla de tal manera que en el acto liquidatorio solo se cumpla lo que la ley quiso desde el momento que dio inicio a la actividad contractual, o sea desde el momento en que detecto que existía una necesidad que debía ser subsanada o solucionada. La necesidad es la que origina materialmente el contrato y éste es quien determina las causas o el sentido de la liquidación. Para la administración el contrato es quien fija la liquidación, sin la primera no puede existir la segunda, “Al respecto puede observarse el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto del 6 de abril de 2000, exp. 1263, en los siguientes términos:

El concepto de autonomía de la voluntad, en tratando de personas de Derecho Público, no tiene el mismo alcance que se le otorga a la noción de autonomía privada, esto es, a los negocios jurídicos celebrados entre particulares, precisamente por estar de por medio el interés general y el patrimonio público, cuando una de las partes del negocio es una entidad estatal. Si bien el negocio jurídico, como declaración de voluntad, crea los efectos jurídicos queridos por las partes que concurren al mismo, los poderes de la Administración están supeditados indefectiblemente al logro del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado, dentro de los cuales se incluyen, claro está, los de la entidad estatal contratante. Pudiera decirse que, mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la Administración al hacerlo persigue fines de interés general y compromete el

patrimonio público, con todas las consecuencias que de ellos se derivan en un Estado Social de Derecho (Osorio Moreno, 2008, p. 39)¹³.

De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden aquellas acordar las condiciones específicas del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediamente de los principios del Derecho Público, por el hecho de estar sometido a las norma del derecho privado (Osorio Moreno, 2008, p. 32).

Dentro de los limitantes que en materia de lo público existe para la autonomía de la voluntad, están el interés general, el principio de legalidad, las buenas costumbres, el orden público y la moral, y el presupuesto público (Osorio Moreno, 2008, p. 48).

¹³ “Contrario a lo sucedido en la experiencia del ordenamiento jurídico alemán, nuestra normativa constitucional (creemos que la garantía y efectividad del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, se determina en los mandatos normativos previstos en los artículos 1, 2, 28, 83, y 333 constitucionales) permite la libertad negocial de la Administración Pública y de los administrados, como derivación concreta de la filosofía del Estado social de derecho, donde se garantiza la participación de los asociados en la vida económica del Estado, y así obtener la prosperidad general, dentro de un marco de relaciones jurídico-negociales amparados por el principio constitucional de la libertad, que se ejerce dentro de los límites previstos en la Constitución, ley o reglamento.

Esta nueva concepción de nuestro Estado introdujo las bases de la política neoliberal, la cual se funda en el principio de la libre competencia económica, en el sentido de que el Estado, al igual que los particulares, debe actuar en condiciones de igualdad en el tráfico ordinario, y permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad” la jurisprudencia: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. M.P. German Rodríguez Villamizar. Radicación número 25000-23-26-000-2995-01670-01 (14579). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, auto del 5 de abril de 2001, exp. 16953. “La intención que inspiró al legislador de 1993 al expedir el estatuto contractual fue la de reconocer la autonomía de la voluntad como rectora en la celebración de los contratos estatales, recogiendo los postulados previstos en el Derecho Privado, pero sin que ello signifique que la entidad estatal sea ajena a la finalidad que caracteriza tal contratación, esto es, el logro de los cometidos del Estado” otros autores agregan que el fundamento legal del principio de la autonomía de la voluntad está en el art. 13 y 40 de la ley 80 de 1993 ej. Entre otros Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá, Legis, 2003. p. 65; Benavides, José Luis. El contrato estatal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2002. p. 98.

La voluntad del contratista se fija desde sus intereses y desde la función social del contrato, o sea tampoco es absoluta. Claro que es mucha más amplia que la de la Administración, que solo puede mirar el interés público, el contratista debe tenerlo en cuenta pero a la vez se incorpora los interés privados que motivaron su decisión de contratar. Todo lo expuesto debe comprenderse desde el marco político del Estado de Derecho y como desarrollo y aplicación del Principio de Legalidad.

Las partes desde la ley tienen unas amplias facultades para cerrar el negocio. Pueden hacer jurídicamente todo aquello que conduzca a cerrar el contrato. El universo está determinado por los límites del contrato. El contenido puede incluir todo lo relacionado arriba y se puede aseverar que se realiza facultados por el art. 32 de la ley 80 de 1993 (Rodríguez Tamayo, 2013, p. 467)¹⁴.

La firma. El acta o documento (convención) debe ir firmada o suscrita por las partes según un criterio unánime de la doctrina. En este sentido sostengo que no necesariamente debe ir firmada, que puede ocurrir que no se firme pero se entienda que se realizó y tiene los plenos efectos jurídicos, según estos argumentos: en los contratos estatales donde se ordena por ley a liquidarlo se establece una obligación jurídica para las partes de realizar la liquidación de aquellos.

¹⁴ “La autonomía de la voluntad es uno de los principios básicos del régimen jurídico de la contratación estatal insertado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993. En principio, el propósito fundamental del legislador radica en que las partes contratantes liquiden en forma directa el contrato estatal, pues tal actuación es vital en la medida en que da cierre a la existencia de ciertas obligaciones contractuales. Con la liquidación bilateral, se quiso entregar a la administración, la posibilidad de intervenir de consuno con el contratista para establecer el corte de cuentas y el cumplimiento de las obligaciones de las partes. En todo caso, cabe recordar que la autonomía de la voluntad, como principio básico de la contratación estatal, se contraponen al ejercicio de los actos de imperio o potestades unilaterales de la administración, de la cual gozaba en forma abundante la administración contratante en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983. El abuso de tales potestades fue duramente criticado al interior del Congreso de la República en las discusiones que dieron origen a la ley 80 de 1993”.

Una de las finalidades del Contrato en la etapa de la selección del contratista, es que la ley, es de la posición que se deben buscar y acoger cuantas ofertas sean posibles para una mejor selección de la oferta. En este caso se ha sostenido que si la oferta reúne todos los requisitos, garantías y soportes exigidos en el Pliego de Condiciones o términos de referencia pero no la firma, se ha entendido que es un error subsanable, en tanto la seriedad de la oferta se determina por la actuación en su conjunto del contratista de aportar, agrupar o reunir todo lo exigido pero fallo en la firma. Se acepta que no se debe rechazar, esto quiere decir que una oferta puede generar derechos subjetivos, y también ser fuente obligacional; porque en este sentido no se puede aplicar el aforismo y principio general del derecho de donde existen las mismas razones, existen las mismas disposiciones.

Lo mismo ocurre con la liquidación, si de un análisis riguroso se puede inferir la voluntad del contratista en los respectivos momentos de discusión, análisis, intervenciones, propuestas, aceptaciones entre otros somos de la posición de que no se requiere la firma. Basta con demostrar la voluntad por cualquier medio legal.

Un tercer argumento consiste en que no se debe olvidar que Constitucionalmente prima lo sustancial sobre lo formal. Y el hecho de la falta de la firma o rúbrica no puede desplazar la voluntad mostrada y demostrada del contratista. Es un asunto de prueba nada más. Es una manera de reivindicar la seriedad (buena fe) de que debe acompañar a las partes del contrato.

No se deben rechazar todos los instrumentos jurídicos que se establecen en el título XIII del libro cuarto de nuestro Código Civil “DE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS”; allí sin duda alguna se tienen rangos hermenéuticos valiosos para conservar la voluntad de las partes y conducir al cumplimiento de la obligación legal de liquidar.

Salvedades. Como en un principio la ley espera que las partes lleguen a un pleno acuerdo, puede ocurrir que no se de éste y por tanto fue un intento fallido, que no estableció acuerdo alguno.

También puede ocurrir que el acuerdo sea solo parcial, esto es, que se pongan de acuerdo en algunos aspectos acerca del cumplimiento de las obligaciones del contrato y no en todos. En este caso se debe levantar el acta de constancia que plasma lo acordado y las partes hacer las salvedades del caso. Jurídicamente están establecidas en el inciso final del artículo 11 de la ley 1150 de 2007 “Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

Cuando se habla de salvedades se debe entender que existen discrepancia sobre algunos temas, asuntos o tópicos del contrato donde las partes tienen posiciones diversas. El cumplimiento o no de las obligaciones del contrato ponen a las partes en situaciones argumentativas opuestas. Al momento de realizar el acta pueden ocurrir varias situaciones las cuales son:

- **No se discutió y por ello no se dejó constancia.** En esta situación específica las partes no dejan salvedad alguna por desacuerdo o algo semejante, sino porque durante el lapso o proceso de la liquidación las partes no llevaron a la mesa el tema, derecho u obligación específica. En este caso sostenemos la tesis de que la etapa de liquidación en los contratos donde se tiene que realizar es una obligación legal establecida en el estatuto general de contratación para las partes y por ello impuesta por una norma imperativa y de orden público. En este caso si la parte no la expuso y no pretendió hacer valer sus derechos en esta oportunidad legal no

puede alegarlo en sede judicial, porque al no alegarlo no actuó con el cuidado, la diligencia exigida y debida (Sentencia del 29 de agosto de de 2007, exp. 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), actor: Hernán Duarte Esguerra, C.P. Mauricio Fajardo Gómez)¹⁵, Consejo de Estado Sección Tercera.

En los contratos donde no se impone la liquidación, pero por la autonomía de la voluntad las partes la incorporan en el contrato como una cláusula accidental se sigue la misma línea del párrafo anterior, pero no ya por una norma imperativa, sino como la natural consecuencia de que las partes así lo decidieron. La imperatividad de la cláusula que establece la liquidación se soporta jurídicamente en el aforismo de que “el contrato es ley para las partes”.

Debe tenerse en cuenta que las argumentaciones anteriores se exponen a partir de considerar que las partes actúan de buena fe, porque si se da el caso contrario de que una de las partes no lo hizo y por ejemplo oculto o actuó contra las debidas formas de los hombres de negocios no puede ampararse luego en que no se hizo la respectiva salvedad para no responder. El Derecho no puede amparar las conductas que vayan contra las debidas conductas de los hombres en la administración de sus negocios, pues con ello se derrumbaría el pilar fundamental de la confianza en los negocios entre los hombres y al Derecho como reguladora eficaz de las relaciones económicas. En este caso la parte que actuó de buena fe puede alegar futuramente judicialmente la protección de sus derechos y reclamar la respectiva indemnización de perjuicios por el actuar de mala fe de su parte contractual.

¹⁵ "Pero cuando el acta de liquidación final no es acogida totalmente por una de las partes por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta y, por esta razón, la suscribe dejando constancia de tales circunstancias de inconformidad, deja abierta la posibilidad de una reclamación en sede judicial, pero únicamente respecto de aquellos temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella.//Las salvedades dejadas en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar, hacia futuro, ante la autoridad judicial, el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes por la ejecución del contrato".

En igual sentido debe pensarse cuando alguna de las partes no tenía por qué conocer las circunstancias o fenómenos que no condujeron razonablemente a la reclamación. En este caso también puede en sede judicial solicitar que se le reconozcan sus derechos, pero sin indemnización de perjuicios porque su contraparte no actuó de mala fe.

Lo mismo para eventos futuros:

En estos términos, en la actualidad también se concluye que para demandar es necesario que las partes hayan dejado constancia en el acta de liquidación, si ésta se hizo de manera bilateral. Esta exigencia también rige para el Estado, no solo para el contratista. Sin embargo, este supuesto tiene un matiz que lo hace razonable, introducido por la sentencia del 5 de marzo de 2008 – 16.850-:(Consejo de Estado Sección Tercera, M.P Enrique Gil Botero) Para exigir que las partes no se puedan demandar mutuamente, los hechos que sirven de fundamento a la reclamación debieron existir a más tardar al momento de la suscripción del acta de liquidación, o proyectarse desde allí hacia el futuro, de manera que se pueda suponer que ellas realmente están disponiendo de sus derechos y obligaciones de forma clara y libre.

Pero si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, 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 la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, ya que no existiendo tema o

materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo-, mal podría exigirse una conducta distinta.

Así, por ejemplo, es claro que un problema de estabilidad en la obra lo podrá exigir la entidad estatal del contratista después de suscrita el acta de liquidación, puesto que si al momento de firmarla los bienes se comportaban técnicamente bien no habría razón para dejar constancia en el sentido que estaban mal. Pero si un año después falla la obra, es perfectamente posible que se haga el reclamo judicial, sin que el acuerdo de entrega a satisfacción exonere al contratista de la ocurrencia de hechos posteriores que lo hagan responsable de sus actos (Rodríguez Tamayo, 2013, p. 195).

- **Se discutió y no se dejó salvedad alguna.** No se reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia y por ello no debe prosperar judicialmente las pretensiones de la parte que las alega. El fundamento para esto consiste en que la parte que la alega debe mínimamente sustentar el motivo o razones de orden técnico y jurídico que soportan su posición. La parte no expreso su intención de salvar su posición, ni tampoco lo fundamentó. Las salvedades no pueden ser caprichosas o vacías sino que “es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (...) lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad

necesaria en la conclusión de la relación negocial –bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas” (Sentencia del 29 de agosto de de 2007, exp. 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), actor: Hernán Duarte Esguerra, C.P. Mauricio Fajardo Gómez). Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera.

- **Se discutió y se dejó salvedad sin requisitos.** En este caso la parte sienta su posición y además deja constancia de la respectiva salvedad, pero firma el acta sin argumentar ni expresar las razones técnicas y/ o jurídicas; en este caso no debe prosperar judicialmente por falta de cumplimiento de requisitos exigidos jurisprudencialmente.
- **Se discutió y se dejó salvedad con los requisitos.** Puede buscar el amparo jurisdiccional para que pretenda el reconocimiento de sus intereses particulares

Cuando el acta de liquidación es bilateral y se dejan salvedades, sostenemos que no opera la vía gubernativa y por ende no tiene cabida el recurso de reposición. Nuestros argumentos son: el acta no es un acto administrativo (Díaz Díez, 213, p. 180)¹⁶ y por ello no tiene recurso, es un acta-acuerdo bilateral que carece de la unilateralidad que requieren las decisiones de la administración;

¹⁶ “Asimismo, no podría sostenerse que al ser suscrita por la entidad, el acta de liquidación bilateral constituye un acto administrativo, pues no se trata de una declaración unilateral de voluntad, sino bilateral, pues en ella se hace presente el consentimiento del contratista, y como bien se sabe, para que, en el ordenamiento jurídico, la declaración de la entidad estatal o de un emitida en ejercicio de función administrativa, se califique como un acto administrativo, es necesario que sea unilateral...Así pues, si se parte de una caracterización del acto administrativo, como la que hace el profesor Fabian G. Marín Cortés, y que en este texto se comparte, en el sentido de que se trata de “i) una declaración de voluntad –y excepcionalmente la omisión que representa el silencio-, ii) de carácter unilateral, iii) que proviene de cualquier órgano del Estado cuando ejerce la función administrativa (a), o también cuando cumple funciones de control o electoral (b), al igual que de los particulares cuando desempeñan las anteriores funciones públicas (c); y iv) produce efectos jurídicos”. Resulta necesario concluir que la liquidación bilateral no es un acto administrativo porque carece, fundamentalmente, de unilateralidad”.

segundo en el desarrollo de la actuación de la etapa de la liquidación el contratista tuvo su oportunidad de exponer sus razones para su posición y por ello carece de sentido que la administración vuelva a sostener los argumentos para defender su propia posición. En contra de nuestra posición están los profesores Amparo Ramos Acevedo y Jairo Ramos Acevedo en su obra Contratación Estatal “pero también puede suscribirla reservándose el derecho de impugnar el acto administrativo (recurso de reposición) y, poder luego, tener la posibilidad de incoar la acción contractual” (Ramos Acevedo & Ramos Acevedo, 2014, p. 166)

También es de nuestra cuerda argumentativa –y en contra de la doctrina y la jurisprudencia- que cuando ocurre la liquidación bilateral se desplaza la oportunidad y competencia para la liquidación unilateral del contrato. Esto por la elemental conclusión que la primera excluiría a la segunda. Pero, también sostenemos que cuando se estipulan salvedades en el acta bilateral, de igual manera no se puede acudir a la liquidación unilateral. Lo argumentamos de esta manera: las salvedades tienen como fin garantizar doblemente que las partes (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). No interno 17.322 ¹⁷ pueden discutir en derecho sus pretensiones primero en liquidación bilateral y luego acudiendo a la jurisdicción contenciosa administrativa; esa es la razón que justifica que existan las salvedades. Luego, porque la administración puede realizar la liquidación unilateral si ya plasmó su voluntad en la bilateral?. Allí se agotó la competencia administrativa. Se coloca al contratista en una situación poco clara, porqué cual demandaría? El acta de

¹⁷ “El inciso final del art. 11 –citado al pie de página-, dispone que la parte que tiene derecho a efectuar salvedades, en el acta de liquidación bilateral, es el contratista, lo cual siendo cierto es insuficiente, pues resulta injustificado entender, a partir de allí –y por exclusión- que el contratante – es decir, el Estado- no tiene el mismo derecho, aduciendo que la norma no le adjudica esa oportunidad. La sala entiende que se trata de un derecho para ambas partes: de un lado, porque a la luz del art. 13 de la C.P. resulta injustificado sostener lo contrario y, de otro lado, porque lógicamente nada se opone a que también el contratante deje observaciones por su inconformidad con el resultado del contrato”. También Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010). Rad.: 700012331000199605714 01 Expediente: 18.395”.

liquidación bilateral o el acto administrativo de liquidación unilateral?, además en este último caso se le colocaría en la obligación jurídica de agotar la vía gubernativa, interponiendo el recurso de reposición. Situación que puede conducir a negarle seriedad a la liquidación bilateral, cuando supóngase la administración arguye en la liquidación unilateral unos fundamentos distintos a los expuestos en la bilateral y el contratista en ejercicio del recurso de reposición aprovecha o se ve en la necesidad de esgrimir otros nuevos argumentos. Donde queda entonces la fuera vinculante de la liquidación bilateral? Por lo anterior es que defendemos que una vez termina la liquidación bilateral culmina la etapa de la liquidación administrativa y el debate jurídico puede continuar en las instancia judiciales. Hace parte de nuestra argumentación defender que si bien las partes del contrato pueden sentar sus observaciones o salvedades debe primar las de la administración a efectos de culminar con la liquidación bilateral. Queremos decir que si llegaren a existir discrepancias entre las partes contractuales, corresponde a la administración hacer primar su posición y realizar la liquidación según sus argumentaciones. Ese en nuestro criterio es la interpretación que debe darse el inciso final del artículo 11 de la ley 1150 de 2007 “Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo” (Díaz Diez, 2013, p. 198)¹⁸. Esto porque no se puede olvidar que la Administración goza y padece del privilegio y la obligación respectivamente de hacer primar el Interés General sobre el particular (art. 1, 58,

¹⁸ “En tal sentido, Carlos Betancur Jaramillo indica que del inciso final del artículo 11 de la ley 1150 de 2007 se deduce que “si los contratistas dejan salvedades a la liquidación del común acuerdo, deberán producirse dos liquidaciones, así: Una, comprensiva de todo lo acordado; y otra, unilateral con aquellos extremos que no fueron objeto de convenio alguno” y que “ si la administración no efectuara esta última, el contratista podrá demandar la primera liquidación, pero solo en aquello que fue objeto de las salvedades”.

Sin embargo, en sentido estricto, cuando se dejan salvedades al acta de liquidación no se configuran dos liquidaciones –es decir, una bilateral en lo indiscutido y otra unilateral en lo fue objeto de la observación del contratista- pues la liquidación sigue siendo única. Lo que pasa es que dentro de su contenido se distinguen unos aspectos frente a los cuales las partes han llegado a un acuerdo y otros que han motivado la existencia de salvedades, pero que también se ubican en la liquidación bilateral, pues por ello se dice que si no se dejan dichas observaciones no puede impugnarse la liquidación bilateral”.

209 C.P. entre otros) (Osorio Moreno, 2008, p. 21)¹⁹ y de la carga de la Dirección del contrato (art. 14 de ley 80 de 1993) para lograr el fin del mismo, que es el fin del Estado (Colombia. Consejo de Estado. (2000). Sala de Consulta y Servicio Civil. (C. P. Luis Camilo Osorio Isaza). Radicación número: 1293)²⁰; la dirección del contrato estatal no solo puede hacerse desde las cláusulas excepcionales o exorbitantes, es utilizando toda la competencia que le otorgan sus funciones administrativas. Como función pública que defiende los intereses públicos la administración tiene que hacer prevalecer sus posiciones en defensa de la comunidad y el Estado “Igualmente, desde la perspectiva del interés público presente en la contratación estatal, éste constituye el sustento de dichas actuaciones, es la causa del contrato estatal y la esencia misma de la formación de la voluntad de las relaciones contractuales del Estado. Su presencia en la actividad contractual del Estado permite concluir que, en los contratos estatales, no existen, en sentido estricto, dos partes iguales, sino una que representa el interés público y otra que actúa movida por un interés individual” (Osorio Moreno, 2008, p. 55) Obviamente respetándose el derecho del contratista de acudir a las instancias judiciales y que allí se defina quien posee la razón jurídica. No pensar de esta manera es enredar y dilatar la etapa de la liquidación.

¹⁹ “Esta idea se convierte en uno de los pilares de nuestro Estado Social de Derecho, previsto en el artículo 1 de la Constitución Política, así: “Colombia es un Estado Social de derecho,...y en la prevalencia del interés general. Igualmente, el artículo 209 constitucional señala: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla...”

²⁰ Referencia: Contrato estatal. Cláusulas excepcionales; límite temporal para su aplicación. “Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”. Osorio Moreno, Néstor David. Autonomía de la Voluntad y Joint Venture en la Contratación Estatal. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2008. p. 20 “De conformidad con lo consagrado en el art. 2ª de la Constitución Política, son fines esenciales del Estado:” Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo...”. Esta norma constitucional genera el fundamento para que la Administración Pública, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, pueda celebrar negocios jurídicos, típicos y atípicos, con los administrados, dentro de las relaciones jurídico-económicas que surgen en nuestro medio.”

Igualmente El art. 3 de la ley 80 de 1993 establece los fines esenciales del Contrato Estatal y que son los mismos del art. 2 y el art. 365 de la C.P.

Oportunidad: el momento de realizar la liquidación va a variar dependiendo de otras circunstancias jurídicas.

En los contratos donde la ley obliga a la liquidación, según la ley 80 de 1993 en su art. 60 subrogada por la ley 1150 de 2007 en su art. 11 modificado parcialmente por el artículo 217 del decreto 019 de 2012, se establece una regla clara, “la liquidación de los contratos se hará de común acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes²¹, o dentro del que acuerden las partes para el efecto” de esta voluntad normativa se desprende que la ley quiso que las partes tuviesen la libertad de pactar el momento en que se debe realizar la liquidación. Propone dos momentos: en el pliego de condiciones o su equivalente o donde las partes lo acuerden, esto último admite estos interrogantes, lo pueden fijar en el contrato, en un adenda, en un otro si o antes de la terminación del contrato. Sostenemos que la ley no pone mucho reparo en esto.

Si se fija en el pliego o su equivalente es un asunto claro que los proponentes desde un principio conocen y por ello conocen la regla de juego y por tanto no debe suscitar controversia jurídica.

Si se fija por una adenda, o sea durante el lapso de selección del contratista, también la regla es clara y todos los oferentes y la administración debe acoger en caso de adoptarse. Aquí lo interesante es que la iniciativa puede provenir de cualquiera de los oferentes o de la administración.

²¹ Ley 80 de 1993 “Artículo 24: Del principio de transparencia. En virtud de este principio: (...) “5.En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a)(...) b),(...), c) (...), d) (...), e)(...)

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

“(...)”.

En el contrato porque la ley lo consiente y lo admite, las partes una vez realizada la selección del contratista y al suscribirse el contrato, pueden perfectamente dentro de él fijar voluntariamente el momento para la liquidación y que recuérdese es una etapa obligatoria que se debe agotar.

En un otro si, esto es después de la suscripción del contrato o porque deseen modificarlo, o porque no la incluyeron. No consideramos que se viole la ley de contratación si esto se realiza por las partes y sí, por el contrario están dando cumplimiento a ella. En esta posibilidad jurídica cabe que lo hagan antes de la terminación del contrato. La manera técnica de realizarlo es mediante Otro sí, pero si lo quieren denominar de otra manera, como acta, documento entre otros, consideramos que no hay inconveniente para ello.

Puede ocurrir que dentro de las posibilidades expresadas se presenten contradicciones. Al respecto somos de la tesis que se debe aplicar en este caso la disposición posterior sobre la anterior y con ello se cumple con la voluntad de la ley (art. 60 de la ley 80 de 1993 y art. 11 de la ley 1150 de 2007, modificado parcialmente por el artículo 217 del decreto 019 de 2012) de permitir que sean las partes las que definan cuando debe realizarse la liquidación del contrato: la adenda prima sobre el pliego de condiciones, el contrato sobre la adenda, el Otro si sobre el contrato etc. Sostenemos que dentro de esta libertad que la ley le da a las partes, ningún proponente perdedor o cualquier “interesado” pueda alegar que se están desviando las reglas de juego del pliego de condiciones o del contrato mismo y por ello se justifique un posible perjuicio, desmedro o abuso en el contrato estatal. Repetimos las partes actúan dentro de los parámetros dados por la ley.

En evento que las partes no hayan expresado la oportunidad o no estuvieron de acuerdo en la fecha de liquidación, la ley de la contratación (art. 60 de la ley 80 de 1993 y el art. 11 de la ley 1150 de 2007, modificado parcialmente

por el artículo 217 del decreto 019 de 2012) consagra un término supletivo “...De no existir tal termino, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del termino previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga...”. Cuando se llega a esta instancia, se da porque las partes o no quisieron o no pudieron ponerse de acuerdo en el término para la liquidación. El mecanismo de conteo de dicho termino esta expresado en diversos mecanismos, en términos de plazo determinado (Matallana Camacho, 2012, p. 461)²², o de la voluntad de la administración o aun por la voluntad de las partes.

Que ocurrirá si se presenta “conflicto” entre éstas? Ejemplo que pasa si en el contrato se establece una fecha de terminación del contrato y luego aparece un acto administrativo que ordene la liquidación. Los cuatro meses a partir de cuándo se cuenta de la primera o la segunda?. Nuestra posición es la siguiente: si el contrato termino de manera normal prima la primera: los cuatro meses partir de la fecha de terminación del contrato; pero si el contrato termino de manera anormal, prima el acto administrativo que ordena la liquidación y ello en razón de que la administración está ejerciendo una competencia que le es propia, cual es la de terminar el contrato por las causas autorizadas por la ley y además como el acto debe ser motivado según la ley, allí deben expresarse las razones que condujeron a la terminación anticipada o anormal, de manera que en esta prima la voluntad de la administración en ejercicio del poder de (imperium) dirección del contrato, la defensa del interés general y los fines del Estado. Ocurre lo mismo en caso de presentarse acuerdo después de fenecida la oportunidad dada.

²² “Entonces se puede concluir que en la ley 1150, al establecer esta que las partes tendrían cuatro meses para liquidar de mutuo acuerdo el contrato, contados a partir de la expiración del termino previsto para la ejecución del contrato, se debe entender que son los cuatro siguientes al vencimiento del plazo de ejecución pactado en el contrato para el cumplimiento de las obligaciones”.

En los contratos donde las partes la hayan incorporado. Esta cláusula debe interpretarse siguiendo la voluntad de las partes y todos los vacíos, lagunas e incomprensiones jurídicas deben ser interpretadas según la ley 80 de 1993 y demás normas que la subroguen o la complementen en aplicación de la analogía como herramienta hermenéutica del Derecho.

Efectos jurídicos. Según el Consejo de Estado citado por Díaz Diez

Una vez convenida o acogida (...) conjuntamente y sin salvedades por las partes del respectivo contrato, dicha liquidación genera efectos vinculantes y no puede ser desconocida con el fin de alcanzar reconocimientos superiores o adicionales a los acordados en ella, ni siquiera acudiendo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a menos que se pretenda la nulidad de la liquidación por la ocurrencia de algún vicio que hubiere afectado su validez (Díaz Diez, 2013, p. 173).

Si no existe acta de liquidación, ello no obsta para que pueda intentarse la acción ejecutiva, pues:

La Sala considera que resulta procedente adelantar un proceso ejecutivo para hacer efectivas obligaciones derivadas del contrato estatal, que se han hecho exigibles durante su ejecución, siempre que a la fecha de presentación de la demanda el mismo no se haya liquidado.

En efecto, la condición prevista por la ley para que proceda el cobro de obligaciones por la vía del proceso ejecutivo, es la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo del ejecutado. Si el ejecutante demuestra la existencia de un crédito a su favor con estas características, debe librarse el correspondiente mandamiento de pago.

Cuando la parte ejecutante cumple las condiciones previstas en el contrato para que la entidad le pague determinadas sumas de dinero, la obligación se torna exigible y su cumplimiento puede lograrse por la vía del proceso ejecutivo (Sentencia de 30 de agosto del 2001. Expd. No. 16.256. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera C.P Alíer Eduardo Hernández Enríquez).

LIQUIDACION UNILATERAL

Lo primero que se tiene que decir es que la diferencia empieza desde la forma de pronunciamiento de ambas liquidaciones. En la bilateral hay un acta-convención y en la unilateral hay un ACTO ADMINISTRATIVO (Díaz Díez, 2013, p. 222)²³ pleno, o sea que en la liquidación unilateral se presenta una verdadera actuación de la administración en ejercicio de su competencia y de manera exclusiva, que excluye a la otra parte del contrato

Decisión de la administración, proferida en ejercicio de potestad estatal expresa que le confiere la ley (art. 61, L. 80/93) para finiquitar el contrato, es un acto administrativo, en cuanto constituye expresión de voluntad unilateral de la entidad estatal contratante en uso de función administrativa, que comporta al propio tiempo la utilización de una prerrogativa propia y exclusiva del Estado, dirigida a poner término a una determinada relación

²³ “Por consiguiente, no cabe duda que la liquidación unilateral es un acto administrativo, porque constituye una declaración unilateral de voluntad de una entidad, en ejercicio de función administrativa, encaminada a producir efectos jurídicos, frente al contratista e incluso frente a ella misma, amparada por los atributos de la presunción de legalidad y la ejecutoriedad”. Ibagón Ibagón, Mónica Liliana. Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012. p. 17 “En términos generales, se entiende en Colombia que un “acto administrativo” es toda manifestación unilateral de la administración pública, en cumplimiento de una función administrativa, que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la ley, con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones en situaciones generales o particulares para los administrados o para la propia administración”.

contractual (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo Sección Tercera, Sentencia del 4 de julio de 2002, Expediente 19.333, C.P. German Rodríguez Villamizar).

En la Jurisprudencia nuestra se ha reconocido al acto administrativo contractual como aquel expedido por la entidad pública contratante durante la ejecución, cumplimiento o liquidación del contrato en ejercicio de potestades o cláusulas excepcionales (Consejo de Estado. Sentencia del 9 de junio del 2010, radicado nº 50001-23-31-000-1993-04051-01 (16496, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, nº 5.2 de las consideraciones).

La Competencia legal para la liquidación unilateral está consagrada en el art. 11 de la ley 1150 de 2007, inc. 2 y s.s, que subrogó el art. 60 de la ley 80 de 1993 “En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.”

Para que tenga ocurrencia la liquidación unilateral, se debe primero agotar las posibilidades jurídicas y contractuales de la liquidación bilateral (Díaz Díez, 2013, p. 207)²⁴. Establece este inciso: se debe primero notificar o convocar al contratista para que se presente a realizarla, so pena de correrse el riesgo de una violación al Debido Proceso Administrativo (art. 29 Constitución Política de Colombia) y con las consecuencias que ello traería, como la nulidad de toda la liquidación unilateral, debido a que se le cerceno una oportunidad de ley para que el contratista defienda sus intereses.

²⁴ “La liquidación unilateral del contrato, tal como se encuentra consagrada en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, es siempre, subsidiaria del intento de liquidación bilateral”.

Debido a que es una actuación propia de la administración, la notificación o convocatoria se debe realizar conforme a los parámetros establecidos por la ley 1437 de 2011, que es la que rige las actuaciones de los servidores públicos y la Administración Pública y además por expresa remisión del art. 77 de la ley 80 de 1993. De dicha notificación o convocatoria debe quedar expresa constancia, debido a que ella es la prueba y la causa legal de la liquidación unilateral. Igual debe hacerse en el evento de no comparecer el contratista. La “sanción” por el no asistir será que pierde la instancia administrativa de intentar defender sus propios intereses y limitarla a la controversia judicial, aunque conserva los recursos de la Vía Gubernativa sobre al Acto Administrativo de liquidación (Recurso de Reposición) (Díaz Díez, 2013, p. 209).

La otra eventualidad es la de que las partes intenten de manera bilateral la liquidación, pero que no arroja los resultados positivos de finiquitar el Contrato. Sostenemos que cuando el inciso “...o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido...” debe entenderse a toda la liquidación, en tanto es una y por ello las partes no la pueden fraccionar. Recuérdese los argumentos de nuestra tesis expuesta arriba, la liquidación parcial-definitiva niega la posibilidad de una liquidación unilateral.

El término que se le da a la Administración es de dos meses. Es nuestro pensamiento que la finalidad fundamental de que la ley le establezca esta obligación a la administración es la de la eficiencia, el orden administrativo, la defensa de los bienes públicos, la estabilidad y la seguridad jurídica. Y esto porque la ley le esta ordenando a la administración que no debe dejar a la incertidumbre y en riesgo los bienes públicos, las necesidades públicas y también los derechos del contratista.

La administración debe evaluar técnica, financiera y jurídicamente si el contrato llego a su fin o si por lo contrario presento obstáculos que lo impidieron.

De todo esto la ley ordena que se debe cerrar el proceso contractual. Y debe entenderse que como se hace unilateralmente la administración no puede abusar y parcializar los resultados. No lo puede hacer y menos cuando es obvio y perentorio que la liquidación unilateral debe contar con todos los soportes técnicos y una adecuada motivación administrativa. Recuérdese que la liquidación unilateral sigue la línea conceptual (naturaleza) de la bilateral, es una consecuencia del contrato. Éste orienta los senderos jurídicos y administrativos de la liquidación

Es pues la liquidación unilateral el escenario propicio para ajustar cuentas, fijar obligaciones y deberes de los contratantes que tengan su fuente en el contrato estatal, pero en forma alguna se previó para establecer decisiones unilaterales que completen o aclaren las obligaciones pactadas por las partes y mucho menos con el objetivo de crear nuevas obligaciones que no consten en el texto del contrato. El acto administrativo de liquidación unilateral, no puede adicionar o definir el alcance de unas obligaciones contractuales (Rodríguez Tamayo, 2013, p. 473).

Este acto administrativo por ser expedido por el Representante Legal de la entidad solo tiene Recurso de Reposición, después de notificado como lo ordena la ley para actos administrativos individuales, (art. 77 de la ley 80 de 1993).

Así como se dijo que la cláusula de la liquidación bilateral debía ser incorporada en el contrato por expresa orden de la ley de contratación para los contratos estatales detallados en el art. 60 inc. 1 de la ley 80 de 1993 subrogada por la ley 1150 de 2007 en su art. 11 modificado parcialmente por el artículo 217 del decreto 019 de 2012, “los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación” so pena de tenerse incorporada por voluntad legal; no ocurre lo mismo con los contratos donde no se obliga a la liquidación. Dijimos que

la liquidación de común acuerdo era viable jurídicamente en ejercicio de la Autonomía de la Voluntad y por razones administrativas o de gestión. Pero qué ocurre si una vez estipulada, el contratista no comparece o no se ponen de acuerdo? Nuestra tesis es que la administración SI puede realizar la liquidación unilateral, si se pactó como clausula accidental. Las razones son, porque el contrato lo establece (ley para las partes), y por ello es una obligación que ambos deben cumplir; pero además porque no se puede olvidar que la administración tiene la responsabilidad de la dirección del contrato (ver art. 14 “Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1ª Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato...”). En los contratos donde no se exija la liquidación, y no se halla pactado, la administración no puede realizarla unilateralmente, “Sin embargo, lo cierto es que si el contrato estatal no requiere liquidarse –verbigracia, uno de prestación de servicios- y, no obstante ello, la entidad lo liquida unilateralmente, el acto administrativo, así expedido, se encontrara viciado de nulidad, por falta de competencia, tal como lo indico el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 27001-23-000-1995-02484-01 (15935). Actor: E.V.S Construcciones Ltda. Y Jaime Lozano C. Demandado: Municipio de Novita.), al decir que la entidad contratante solo puede proceder a la liquidación del contrato en aquellos contratos que lo requieran, argumentando que, en materia contractual, la administración únicamente debe actuar en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, y por tanto, solamente podrá efectuar la liquidación unilateral “si se dan las circunstancias que la ley contempla para ello, pues de lo contrario, estará actuando por fuera del ámbito de su competencia” (Díaz Díez, 2013, p. 214).

Respecto a la oportunidad de la liquidación unilateral debe decirse que el término es perentorio, es de dos meses. En lo demás contratos se debe seguir esta regla, pero las partes la pueden reducir, pero lo podrán ampliar? Pensamos que en un principio no sería ilegal, pero ello generaría para la administración el deber de explicar la decisión en términos de la recta y debida gestión.

La liquidación unilateral, como ya se dijo, más que un derecho para la administración es una obligación que se le impone²⁵; y tampoco tiene un sentido excepcional o exorbitante:

Dentro de este marco conceptual, la actividad de la administración en la liquidación del contrato no constituiría siquiera un poder exorbitante pues no tiene la finalidad indicada, pero suele también dársele esa calificación sólo por el carácter de unilateral que puede tener cuando aquella procede a adelantarla cuando el contratista no colabora para llevarla a cabo o habiéndole hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega. Pero ese poder no puede llegar hasta señalar la responsabilidad y las consecuencias indemnizatorias que de ella se deriven, pues esta misión le corresponde a los jueces” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de diciembre de 1989, Expediente 5-334, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo)²⁶.

Una pregunta que se admite en este divagar académico es esta, luego de vencerse el termino de los cuatro meses y se inicie la liquidación unilateral, se podrá realizar la primera? Nuestra posición es que no hay ningún impedimento legal para ello, el fin que debe mantener la administración es realizar el finiquito lo

²⁵ “Por último, la entidad estatal para proceder a la liquidación unilateral del contrato estatal – una vez se den los supuestos de su procedencia, art. 11 l.1150/2007-, no requerirá agotar un procedimiento administrativo previo con la participación del contratista, pues tal decisión no representará para él una sanción y además se dicta para cumplir con un deber legal” y referencia este autor la jurisprudencia: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de julio de 2003, Expediente 24.707.

²⁶ Ver también Sentencia del 22 de junio de 2000, Expediente 12.723, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

antes posible y sin que se genere trabas, obstáculos o la necesidad de acudir a la jurisdicción. Para el contratista el término de los cuatro meses no es perentorio y por ello puede proponer o aceptar la liquidación bilateral. Recuérdese que el deber de la liquidación unilateral para la Administración-contratante no es la de imponer unos criterios subjetivos, sino racionales y de recta administración. Pensamos que incluso, se incumple con el deber de hacer lo debido sino hay debida disposición de realizarla conjuntamente.

La liquidación unilateral entre entidades públicas según la ley 80 de 1993.

Nuestra tesis como ya se ha expuesto considera a la liquidación como una obligación que tiene ser realizada por la administración en aras de la recta gestión y el cuidado de lo público en toda su dimensión. Sostenemos que en los contratos la liquidación bilateral y unilateral se convierte en una obligación legal y de gestión para ambas partes, toda vez que ambos están obligados a cuidar y velar por el interés general. No pensamos como la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de que la liquidación unilateral no se puede imponer al contratista por ser una entidad de derecho público (criterio orgánico), “Por último, conviene anotar que al ser la liquidación unilateral una potestad exorbitante, tampoco procede en los contratos interadministrativos (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C. Veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00028-01 (25154)²⁷, pues una interpretación sistemática

²⁷ “Así lo reconoció el Consejo de Estado, expresando que, en el ordenamiento legal aparece una restricción en los CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios y la contraparte que también es Estado.

Y ello lo comprende así el Consejo de Estado por la integración armónica que se da entre los artículos 14, 60 y 61 de la ley 80 de 1993. El párrafo de la artículo 14, sobre los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, señala que en los contratos interadministrativos, entre otros, “se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”....

del párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que establece que en los contratos interadministrativos:

Se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales” y del Art. 11 de la ley 1150 de 2007, que consagra la liquidación unilateral como poder excepcional del Estado, permite inferir que no pueden liquidarse unilateralmente los contratos interadministrativos, porque en este tipo de relaciones contractuales las partes se ubican en condiciones de igualdad, sin que la una pueda ostentar exorbitancias respecto de la otra” (Díaz Díez, 2013, p. 227)

No debe limitarse todo a una concepción orgánica, es necesario plantear el debate desde la perspectiva funcional. Siguiendo la línea doctrinaria y jurisprudencial anterior se plantea el siguiente interrogante ¿a los particulares que desempeñando funciones públicas y están de contratistas, se le puede imponer la liquidación unilateral?. Nuestra tesis al respecto tiene que ver con los mismos supuestos facticos de si ambos son públicos y que se expone así:

Sostengo que no solo se debe imponer, sino que nuestra posición es más amplia, porque sostenemos que ambas partes pueden y deben realizar la liquidación unilateral. Tanto el contratante y el contratista deben realizarla si no fue posible la liquidación bilateral (que es la ideal). El contratista, como ente público, no puede ampararse en el argumento de que como no fue citado o convocado o no estuvieron de acuerdo en la liquidación, asume una posición pasiva y deje al garete, tirados los intereses públicos (en clara omisión de los deberes

Tal facultad administrativa se atribuyó al ADMINISTRADOR DE LOS PÚBLICO y únicamente frente a su COLABORADOR PRIVADO y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambas representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo negocial, los poderes coactivos, como así bien alude a clausulas excepcionales, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista”.

constitucionales: los valores, fines u objetivos sociales estatales). La defensa de lo público implica deberes para ambas partes del contrato. No se puede cerrar esta oportunidad a la administración (ambos son administración) y someterlos a la vía judicial, que en ultimas, es el mismo Estado quien lo hace, mediante la vía de la función judicial. Pregonamos que si debe realizarse la liquidación unilateral y que ambas partes la pueden realizar mediante acto administrativo, en razón del ejercicio de su propia competencia.

Tercer inciso del art. 60 de la ley 80 de 1993, subrogado por el art. 32 de la ley 1150 de 2007, modificado parcialmente por el artículo 217 del decreto 019 de 2012.

Además de los términos mencionados; cuatro meses y luego dos meses, fijados en los incisos primero y segundo, la ley fija una nueva oportunidad "...Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el art. 136 del C.C.A.", da dos años más para que se realice la liquidación del contrato. Se reitera la voluntad de la ley es la de darle importancia seria y específica a esta. En esta oportunidad las partes la pueden realizar de forma bilateral o unilateral.

Esta voluntad de la ley es a la vez un interés por parte del legislador de priorizar que en materia de la contratación se deben jerarquizar en primer término los fines, necesidades y servicios públicos, por encima de los privados.

Sostengo que dentro de este término la administración debe ejercer el deber de dirección del contrato del art. 14 de la ley 80 de 1993 y citar o convocar al contratista. Esta línea de conducta es la que debe hacerse, primero se le debe dar la oportunidad de construir el acta que plasme la voluntad de las partes del

contrato. Debe ser así, ya que con ello se facilita al contratista para que acuda y colabore, a la vez que pueda defender su conveniencia económica del contrato (art. 29 de la C.P.).

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A. (Inciso 3 art. 60 de la ley 80 de 1993, subrogado por el art. 11 de la ley 1150 de 2007, modificado parcialmente por el artículo 217 del decreto 019 de 2012).

Los dos años se cuentan una vez vencidos los dos meses de la liquidación unilateral. “El plazo para la liquidación del contrato ha sido objeto de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales al analizar las disposiciones citadas. De conformidad con el art. 60 de la ley 80 de 1993, la liquidación del contrato estatal debe realizarse por el mutuo acuerdo de las partes durante los 4 meses siguientes a la finalización del plazo del mismo, en cuanto en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el contrato no se hayan indicado un plazo diferente, o unilateralmente por la administración durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes, o en su defecto, del establecido por la ley. Y si la administración no lo hiciera en este término, podrá el interesado acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (lit d. numeral 10 art. 136 C.C.A.). Sin embargo, la sala sostuvo que si la administración no liquida el contrato en el término que la ley le concede para efectuarla unilateralmente (dos meses después del plazo convenido o del señalado en el art. 60 de la ley 80 de 1993), puede hacerlo por fuera de ese término, ya sea por mutuo acuerdo con el contratista o unilateralmente, toda vez que los términos anteriores son perentorios. No obstante, advirtió “que ante la

preceptiva del literal d numeral 10 del actual art. 136 del C.C.A., esa facultad subsiste solo durante los dos años siguientes para el ejercicio de la acción contractual”, ya que “dentro de este término, el contratista podrá pedir no solo la liquidación judicial del contrato sino que se efectúen las declaraciones o condenas que estime pertinentes (art. 87 C.C.A.)” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 10 de junio de 2004, exp. 14.384” (Expósito Vélez, 2003, p. 98). “Los términos de caducidad están establecidos hoy en el art. 164, num. 2 lit. i, ii, iii, iv de la ley 1437 de 2011” (Betancur Jaramillo, 2013, p. 91).

LIQUIDACION JUDICIAL

Es el momento último establecido en la ley para que el contrato se termine. Está regulada legalmente en el art. 164 de la ley 1437 de 2011. (Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)

La demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad (...)

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

(...)

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

(...)

v) En los que requieran de liquidación y está no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el termino de (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del termino de los cuatro (4)

meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga²⁸.

Para que tenga ocurrencia se debe determinar que no fue posible la liquidación (bilateral o unilateral) entre las partes (Rodríguez Tamayo, 2013, p. 477)²⁹ y por tanto se acude a las instancias judiciales por medio de la jurisdicción administrativa ordinaria o por medio de árbitros,

Asimismo las controversias contractuales, derivadas de los contratos celebrados por las entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones públicas, podrán someterse a la decisión de árbitros, en los términos contemplados en la cláusula compromisoria del contrato o en el compromiso celebrado entre las partes. El laudo arbitral, será susceptible de los recursos de anulación y revisión ante la sección tercera del Consejo de Estado en los términos de los arts. 41, 45 y 46 de la ley 1563 de 2012 (Betancur Jaramillo, 2013, p. 94).

También en la ley 80 de 1993 arts. 70 y 71 se establecía esta competencia “sin embargo –cabe aclararlo- dicho arbitro solo adquiere competencia para liquidar el contrato; no para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejecución de la actividad contractual” (Díaz Diez, 2013, p. 237).

Sostengo que igualmente la liquidación judicial del contrato estatal es subsidiaria y por tanto durante el proceso judicial administrativo las partes pueden realizar la liquidación bilateral, -mas no la unilateral, por perdida de la competencia

²⁸ Igualmente en el art. 141 de la ley 1437 de 2011 se establece que cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá -entre otras- solicitar la liquidación judicial del contrato cuando no se realizó de común acuerdo ni unilateralmente.

²⁹ “Solo se podrá acudir ante la autoridad judicial cuando se venció el plazo fijado en el contrato o en la ley para hacerlo de común y que tampoco fue liquidación (sic) unilateralmente por la administración en los dos (2) meses siguientes.

temporal-, e informar al juez de dicha ocurrencia y éste no podrá negarse a colaborar³⁰, utilizando mecanismos del Derecho tales como la Conciliación (Consejo de Estado. (2006). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección A. (*C. P. Hernán Andrade Rincón*)³¹. Se debe tener en cuenta que la acción judicial se ejerció dentro de los términos de ley y que no haya operado la caducidad de dicha acción (art. 164, num. 2 lits. J).

La liquidación judicial se caracteriza de manera específica porque adquiere fuerza jurídica de sentencia judicial y porque de manera general es el procedimiento último del contrato estatal:

³⁰ El profesor Expósito Vélez, Juan Carlos. Forma y contenido del Contrato estatal. Universidad Externado de Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. p. 99 plantea dos tesis opuestas entre sí "...solicitada la liquidación en sede judicial, la entidad pública contratante pierde la competencia para proceder a ella de forma unilateral, y las partes pueden hacerlo de forma conjunta, una vez se haya notificado el auto admisorio de la demanda" y recoge una tesis del Consejo de Estado que no la permite "Si bien la liquidación del contrato puede lograrse en forma bilateral, unilateral o judicial, debe tenerse en cuenta que, cuando se presenta la demanda con el auto admisorio de la demanda al otro co-contratante, es únicamente al juez o árbitro al que compete hacerlo quedando excluida toda posibilidad de que las partes o la Administración lo liquiden por otra vía": Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2002, exp. 20.472.

³¹ **"El acuerdo conciliatorio.** Al hace, referencia o materias administrativas contenciosas para los cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado el compromiso del patrimonio público que les es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación.

De manera reiterada el Consejo de Estado ha señalado que el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- a. La debida representación de las personas que concilian
- b. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c. La legitimación de las partes que concilian.
- d. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- e. Que no haya operado la caducidad de la acción.
- f. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- g. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.

Entre dichas exigencias, la Ley 446 de 1998, en el último inciso del artículo 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en "las pruebas necesarias" que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo para el patrimonio público o violatorio de la ley".

Salvo en los casos que se presente alguna de las causales generales de procedibilidad contra providencias judiciales, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en cuya hipótesis procederá la acción de tutela. La liquidación bilateral podrá ser demandada judicialmente al igual que la unilateral. La primera por vicios en el consentimiento o por reclamaciones que no se atendieron por la administración, siempre y cuando se haya dejado la salvedad del caso, y la segunda, por razones de ilegalidad del acto administrativo. También, se deberá demandar la liquidación unilateral del contrato, cuando no contenga reclamaciones pendientes que no se incluyeron en la decisión administrativa. Si se ejerce el medio de control de controversias contractuales y se obtiene el reconocimiento de esas reclamaciones no insertadas en la liquidación unilateral, el juez, deberá declarar la nulidad parcial de esta para incluir los nuevos ítems otorgados en su sentencia (Rodríguez Tamayo, 2013, p. 476)³²

Si se presenta el termino de caducidad³³ de la acción contractual y no ejercieron el derecho de acción las partes del contrato algún sector de la doctrina sostiene que ya no es procedente realizarla “ya no es posible liquidar el contrato y será necesario dejar una constancia sobre la imposibilidad de liquidarlo” (Matallana Camacho, 2012, p. 461).

³² Vencido el término para ejercitar la acción se extingue el derecho para intentar cualquiera de las acciones a que alude el artículo 87 del C.C.A. Ver sentencia Sección Tercera, junio 8/95, exp. 10.634.

³³ SALVAMENTO DE VOTO: Consejera: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI Radicación número: 1453 “La caducidad es la consecuencia del vencimiento o extinción del plazo legal para promover una acción. La ley ha señalado para cada una de las acciones un término dentro del cual se puede ejercitar como medio de defensa para llevar al conocimiento y decisión del juez las diferencias que hayan surgido durante la vida del contrato. Además, la acción de liquidación del contrato tiene por objeto definir y hacer efectivos los derechos y obligaciones de cada una de las partes y resolver las cuestiones pendientes entre ellas”.

BIBLIOGRAFÍA

Baena Upegui, Mario. (2002). *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, 3a. ed. Bogotá: Legis. 3

Benavides, José Luis. (2002). *El contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Betancur Jaramillo, Carlo. (2013). *Derecho procesal administrativo*, 8a. ed. Medellín: Señal Editora.

Colombia. Consejo de Estado. (2000). Sala de Consulta y Servicio Civil. (C. P. Luis Camilo Osorio Isaza). *Radicación número: 1293. Actor: Ministro del Interior. Referencia: Contrato estatal. Cláusulas excepcionales; límite temporal para su aplicación.*

Colombia. Consejo de Estado. (1997). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (Sentencia 9118 del 18 de septiembre de 1997). M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Colombia. Consejo de Estado. (2000). Sección Tercera. (Sentencia del 11 de diciembre de 1989, Expediente 5-334). C.P. Gustavo de Greiff Restrepo. (Sentencia del 22 de junio de 2000). Expediente 12.723, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Colombia. Consejo de Estado. (2001). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, auto del 5 de abril de 2001, exp. 16953.

Colombia. Consejo de Estado. (2002). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2002, exp. 20.472.

Colombia. Consejo de Estado. (2003). Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Auto del 17 de julio de 2003, Expediente 24.707.*

Colombia. Consejo de Estado. (2004). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (C. P. *María Elena Giraldo Gómez*). *Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00028-01 (25154).*

Colombia. Consejo de Estado. (2005). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (Sentencia del 20 de octubre de 2005). M.P. *Germán Rodríguez Villamizar*. *Radicación número 25000-23-26-000-2995-01670-01 (14579).*

Colombia. Consejo de Estado. (2005). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (Sentencia del 6 de julio de 2005). *Expediente 14.113 C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.*

Colombia. Consejo de Estado. (2006). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (C. P. *Mauricio Fajardo Gómez*). *Radicado número: 76001-23-31-000-1994-00507-01 (15239).*

Colombia. Consejo de Estado. (2006). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección A. (C. P. *Hernán Andrade Rincón*). *Radicación: 250002326000201000043 01 (39338). Actor: Liberty Seguros S.A. - Demandado: Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. Referencia: Acción Contractual.*

Colombia. Consejo de Estado. (2009). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *C. P. Ramiro Saavedra Becerra. Radicado número: 25000-23-26-000-1992-08345-01 (15757).*

Colombia. Consejo de Estado. (2010). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *(C. P. Enrique Gil Botero). No interno 17.322.*

Colombia. Consejo de Estado. (2010). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *(C. P. Enrique Gil Botero). Rad.: 700012331000199605714 01 Expediente: 18.395.*

Colombia. Gaceta del Congreso Número 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, p. 21.

Díaz Diez, Cristian Andrés. (2013). *La liquidación*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

Escobar Gil, Rodrigo. (2003). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.

Expósito Vélez, Juan Carlos. (2003). *Forma y contenido del Contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

González Gómez, Eudoro. (1981). *De las Obligaciones en el derecho civil colombiano*. Colección pequeño foro. Medellín: Universidad de Antioquia.

Ibagón Ibagón, Mónica Liliana. (2012). *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Matallana Camacho, Ernesto. (2012). *Manual de contratación de la administración pública*, 3a. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Osorio Moreno, Néstor David. (2008). *Autonomía de la voluntad y Joint Venture en la contratación estatal*. Bogotá: Ibañez.

Ramos Acevedo, Amparo & Ramos Acevedo, Jairo. (2014). *Contratación estatal*, 3a. ed. Bogotá: Ibañez.

Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando. (2013). *Los contratos estatales en Colombia*. Medellín: Jurídica Sánchez.

Sección Tercera, Sentencia de abril 10 de 1997, Exp. 10.608).

Sección Tercera, Sentencia del 4 de julio de 2002, Expediente 19.333, C.P. German Rodríguez Villamizar

Sección Tercera, Subsección "A", Sentencia del 9 de mayo de bn2012, expediente 20.968, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sección Tercera. Sentencia de 30 de agosto del 2001. Expd. No. 16.256.

Sentencia del 29 de agosto de de 2007, exp. 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), actor: Hernán Duarte Esguerra, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sierra García, Jaime. (2008). *Diccionario jurídico*, 5a. ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

Valencia Zea, Arturo. (1968). *Derecho civil. De las obligaciones*, 3a. ed. Tomo III. Bogotá: Temis.