

La liquidación de los contratos estatales

Contract settlement of administrative contracts.

La liquidation des contrats de l'État.

A Liquidação dos contratos estaduais.

Pedro Luis Pemberthy López¹

Resumen

Uno de los temas del derecho administrativo que más ha evolucionado en los últimos años es el de la contratación estatal y ello porque es un área demasiado joven jurídicamente y también como producto de algunos fenómenos como la globalización y las nuevas formas económicas y estatales.

El presente trabajo sobre liquidación de los contratos estatales es un aporte que se realiza a la doctrina nacional. Hemos buscado que sea de forma fácil de comprender para todos los sectores interesados en los contratos del Estado, en especial los estudiantes universitarios. Para esto se desarrollan temas pertinentes tales como la naturaleza jurídica de la liquidación, la forma de terminación del contrato estatal, el contenido que debe ir en

1 Abogado, especialista en Estudios Políticos, en Derecho Administrativo; magíster en Estudios Políticos y doctor en Filosofía; Profesor universitario de la Universidad Nacional - sede Medellín. Correo electrónico: pedropemb@une.net.co
<http://orcid.org/0000-0002-7240-1087>

Cómo citar este artículo:

Pemberthy, P. (2015). La liquidación de los contratos estatales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), pp. 401-434.

Recibido: 19 de marzo de 2015.

Aprobado: 7 de diciembre de 2015.

el acto liquidatorio, la posibilidad de que las partes hagan las respectivas salvedades en el procedimiento administrativo liquidatorio, las diversas formas de liquidarlo, incluidas las liquidaciones parciales, la oportunidad administrativa y judicial de realizarlas.

Se argumenta de manera novedosa que la firma en el acto liquidatorio puede ser asumido por otras formas jurídicas de expresión de la voluntad, igualmente cómo la liquidación bilateral cierra toda posibilidad jurídica de que la administración realice una liquidación unilateral.

Palabras clave

Contrato estatal; liquidación; liquidación definitiva; liquidación parcial; liquidación bilateral; salvedades; liquidación unilateral; liquidación judicial.

Abstract

One of the topics of Administrative Law which has evolved the most in recent years is the one regarding administrative contracts. This is due to the fact that this area is, in legal terms, considerably young and also as result of some circumstances such as globalization and the new economic and political models.

The present paper regarding administrative contracts settlement is a contribution done to the national doctrine. We have endeavor ourselves with the purpose of making it easy to understand for every sector interested in administrative contracts, particularly the university students. To this end, relevant matters will be addressed such as the legal nature of the settlement, the mode in which administrative contracts are terminated, the content that must be in the settlement act, the possibility of parties making the respective provisions in the Administrative Settling Process, the diverse modes in which it can be settled, including the partial settlements and the legal and administrative opportunity of doing them.

It is proposed in a novel manner that the signature in the Settlement Act can be assumed by other legal methods of consent. As well as how the bilateral settlement closes every legal possibility of the administration performing a unilateral settlement.

Keywords

Administrative contract; settlement; definitive Settlement; partial Settlement; bilateral settlement; provisions; unilateral settlement; legal settlement.

Résumé

L'une des questions du droit administratif qui a évolué au cours des dernières années est celle des recrutements de l'État car elle est récente sur le plan juridique et aussi en raison de certains phénomènes tels que la mondialisation et les nouvelles formes économiques et de l'Etat.

Ce travail sur la liquidation des contrats de l'État est une contribution qui est faite à la doctrine nationale. Nous avons cherché à être facilement compris par toutes les parties prenantes dans les contrats de l'État, en particulier les étudiants. Pour cette question, nous développons des sujets comme, la nature juridique de liquidation, la forme de la résiliation du contrat de l'Etat, le contenu qui devrait aller dans l'acte de liquidation, la possibilité que les parties effectuent les exceptions respectives dans la procédure administratif de liquidation, les diverses formes de liquidation, les liquidations partielles, et l'opportunité administrative et la possibilité de judiciarisation.

Il est soutenu dans une nouvelle façon que la signature sur l'acte de liquidation peut être assumée par d'autres formes juridiques d'expression de la volonté, aussi comment la liquidation bilatérale ferme toute possibilité juridique que l'administration puisse réaliser une liquidation unilatéral.

Mots-clés

Contrat d'État; liquidation; liquidation définitive; liquidation partielle; liquidation bilatéral; exceptions; liquidation unilatérale; liquidation judiciaire.

Resumo

Um dos assuntos do direito administrativo que mais tem evoluído nos últimos anos é a contratação estadual e por isso é uma área nova demais juridicamente e também como produto de alguns fenômenos como a globalização e as novidades econômicas e estaduais.

O presente trabalho acerca de liquidação dos contratos estaduais é uma contribuição que se realiza à doutrina nacional. Temos procurado que seja dum jeito fácil de compreender para todos os setores interessados nos contratos do Estado, especialmente os estudantes universitários. Para este fim, desenvolvem-se assuntos como a natureza jurídica da liquidação, o jeito de terminação do contrato estadual, o conteúdo a estar no ato liquidatário, a possibilidade de que partes façam as respetivas exceções no procedimento administrativo liquidatário, os diferentes jeitos de liquidá-lo, incluídas as liquidações parciais, a oportunidade administrativa e judicial de realizá-las.

Argumenta-se de maneira inovadora que a assinatura no ato liquidatário pode ser assumida por outros jeitos jurídicos de expressão da vontade, igualmente como a liquidação bilateral fecha toda possibilidade jurídica de que a administração realize uma liquidação unilateral.

Palavras-chave

Contrato estadual; liquidação; liquidação definitiva; liquidação parcial; liquidação bilateral; exceções; liquidação unilateral; liquidação judicial.

Introducción

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

La liquidación se ha definido desde la jurisprudencia y la doctrina de muy diversas maneras y contenidos: El profesor Expósito (2003) define la liquidación “en principio, como un negocio jurídico bilateral” (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, 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.

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”. Al respecto 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, 1997, Sentencia 9118 del 18 de septiembre de 1997).

3 El artículo 39 de la Ley 489 de 1998, define a la Administración Pública.

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, 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 qué 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.)⁴. (Osorio, 2008, p. 24)

La liquidación no puede ser un negocio porque no es 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, 2008, p. 138), es un acto jurídico de voluntad (o de ley) y, por tanto, 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 Liquidación*, de Cristian Andrés Díaz (2013) son: Aída Patricia Hernández lo define como un ajuste formal de una cuenta o un procedimiento. Juan Ángel Palacio 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

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 género negocio: el acto bilateral o plurilateral con contenido patrimonial...Scognamiglio, Renato. Teoría general del contrato. (Hinestroza, 1991, p.7)

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, cuyo objeto es 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 dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial.

A partir de las anteriores consideraciones 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 para aseverar, en términos jurídicos, que la liquidación no es fuente de obligaciones y, por lo tanto, tampoco es un negocio en sentido creador de obligaciones. La liquidación tiene naturaleza negocial porque es el contrato el que, de por sí, es un negocio oneroso (redundante). La naturaleza de la liquidación es la misma de la del contrato administrativo.

El momento “dentro” del contrato, de la liquidación se presenta por regla general una vez terminado el primero. Pero sostenemos 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 porque 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, 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.

1. El contrato estatal

Objeto: como procedimiento (*Gaceta del Congreso Número 75, 1992, p. 21*)⁵ 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.

2. 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

5 “La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución.

Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la terminación del contrato”. (Consejo de Estado, sentencia de abril 10 de 1997, Exp. 10.608).

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. (Consejo de Estado, sentencia de abril 10 de 1997, Exp. 10.608).

concordantes no especifican en qué 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 sus 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, 2013, p. 71), cuando el contrato mismo está o continúa 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.

3. Terminación del contrato

Es el momento jurídico-administrativo en el que 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, 2013, p. 63).

La terminación contractual puede ser de manera normal o anormal y el criterio que lo determine es 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: (Consejo de Estado, sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 20.968)⁶:

6 Ver también Díaz (2013, p. 58).

- 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:

- La desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado.
- La terminación unilateral propiamente dicha (Ley 80 de 1993, art. 17), en los contratos estatales que sea procedente esa cláusula excepcional (Ley 80 de 1993, art. 14).
- La declaratoria de caducidad administrativa del contrato, en las que sea procedente esa cláusula excepcional (Ley 80 de 1993, art. 14).
- 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 (Ley 80 de 1993, art. 45).
- El desistimiento –o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo en los contratos estatales que sea procedente esa cláusula excepcional (Ley 80 de 1993, art. 14).
- 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, 2013, p. 59),

citan como argumento para sostener esto a Miguel Ángel Bercaitz en (Consejo de Estado, sentencia del 9 de mayo de 2012⁷, expediente 20.968), y Danilo Rojas B en (Consejo de Estado, sentencia del 26 de julio de 2012, expediente 23.635)

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 1.150 de 2007. La terminación unilateral también puede tener cabida en leyes especiales y sobre contratos como los de mandato civil, de mandato comercial, el contrato de arrendamiento de servicios, el contrato de suministro si no se ha previsto plazo de duración, el contrato de seguros, el contrato de hospedaje, el contrato de cuenta corriente, el contrato de cuenta corriente bancaria, el contrato de cajillas de seguridad (Rodríguez, 2013, p. 461).

Qué debe ir en la liquidación:

Según las normas: art. 60 de la Ley 80 de 1993, 32 de la ley 1.150 de 2007 y el art. 217 Decreto-ley 19 de 2012⁷ 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.

4. Clases de liquidación:

La jurisprudencia ha distinguido que la liquidación puede darse de tres maneras jurídicas (Consejo de Estado, 2009, Radicado número: 25000-23-26-000-1992-08345-01 (15757)).

⁷ Ver fallo del (Consejo de Estado, sentencia del 13 de julio de 2000, expediente 12.513)

4.1 Liquidación bilateral:

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.

En materia de liquidación del contrato estatal es, desde su voluntad, en el que las partes deciden cómo cerrar jurídicamente el negocio-contrato. Es un ajuste final de cuentas (Rodríguez, 2013, p. 463), “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, sentencia abril 4 de 2006, expediente 15239).

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 el que detectó que existía una necesidad que debía ser subsanada o solucionada. La necesidad es la que origina materialmente el contrato y éste es el que determina los cauces o el sentido de la liquidación. Para la administración el contrato es el que 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. 1.263, 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, 2008, p. 39).

De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden 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, 2008, p. 32).

Dentro de los limitantes que existen en materia de lo público 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).

La voluntad del contratista se fija desde sus intereses y desde la función social del contrato, o sea, tampoco es absoluta. Claro que es más amplia que la de la Administración, que solo puede mirar el interés público, el contratista debe tenerlo en cuenta pero se incorporan los intereses 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.

La firma. El acta o documento (convención) debe estar firmada o suscrita por las partes según un criterio unánime de la doctrina. Nosotros sostenemos 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 en los que se ordena por ley a liquidarlo se establece una obligación jurídica para las partes de realizar la liquidación de aquéllos.

Una de las finalidades del contrato en la etapa de la selección del contratista, es que la ley es de la posición de 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 en el que existen las mismas razones y 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 interpretación 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 art. 11 de la Ley 1.150 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 discrepancias sobre algunos temas, asuntos o tópicos del contrato en los que las partes tienen posiciones diversas. El cumplimiento o no de las obligaciones del contrato

ponen a las partes en situaciones argumentativas opuestas. En principio digamos que es posible que:

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 en los que 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.⁸

En los contratos que no imponen 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 ocultó 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 judicialmente la protección de sus

8 “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” (Sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 14854)

derechos y reclamar la respectiva indemnización de perjuicios por el actuar de mala fe de su parte contractual.

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-. Para exigir que las partes no se puedan demandar mutuamente, los hechos que sirven de fundamento a la reclamación debieron existir a más tardar en el 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 que deben actuar en el momento de acordar los términos de la culminación del negocio, ya que no existe 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 de 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, 2013, p. 195)

Se discutió y no se dejó salvedad alguna. No se reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia y por ello no deben 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 expresó 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 sí 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. (Consejo de Estado, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 14854)

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 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, 2013, p. 180) y por ello no tiene recurso, es un acta-acuerdo bilateral que carece de la unilateralidad que requieren las decisiones de la administración;

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 & Jairo Ramos (2014) en su obra *Contratación estatal* “pero también puede suscribirla reservándose el derecho de impugnar el acto administrativo (recurso de reposición) y, luego, tener la posibilidad de incoar la acción contractual” (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 de que la primera excluye 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, 2010, No. interno 17.322)⁹ pueden discutir en derecho sus pretensiones primero en liquidación bilateral y luego acudiendo a la jurisdicción contencioso administrativa; esa es la razón que justifica que existan las salvedades. Luego, ¿por qué la administración puede realizar la liquidación unilateral si ya plasmó su voluntad en la bilateral? Allí se agotó la competencia administrativa. Se pone al contratista en una situación poco clara, porque ¿cuál demandaría? ¿El acta de liquidación bilateral o el acto administrativo de liquidación unilateral? Además, en este último caso se le pondría 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. ¿Dónde queda entonces la fuerza 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 instancias judiciales. Hace parte de nuestra argumentación defender que si bien las partes del contrato pueden sentar sus observaciones o salvedades deben primar las de la Administración con el objeto de culminar con la liquidación bilateral. Queremos decir que si llegaren a existir discrepancias entre las partes

9 También en (Consejo de Estado, sentencia de junio 23 de 2010, expediente 18.395.

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 al inciso final del art. 11 de la Ley 1.150 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, 2013, p. 198).

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, 209 C. P. entre otros) (Osorio, 2008, p. 21)

Ahora bien, sobre 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 la dirección del contrato estatal no solo puede hacerse desde las cláusulas excepcionales o exorbitantes porque se puede usar 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 del Estado. (Consejo de Estado, concepto diciembre 14 de 2000 expediente 1293)

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, 2008, p. 55)

Obviamente, se respeta el derecho del contratista de acudir a las instancias judiciales y que allí se defina quién posee la razón jurídica. No pensar de esta manera es enredar y dilatar la etapa de la liquidación.

Oportunidad. El momento de realizar la liquidación varía de acuerdo con otras circunstancias jurídicas.

En los contratos en los que la ley obliga a la liquidación, según la Ley 80 de 1993 en su art. 60 subrogada por la Ley 1.150 de 2007 en su art. 11 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 equivalentes¹⁰, o dentro del que acuerden las partes para el efecto”. De esta voluntad normativa se desprende que la ley quiso que las partes tuvieran 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 otrosí 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 que los proponentes, desde un principio, conocen y 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 deben acoger en caso de adoptarse. Aquí lo interesante es que la iniciativa puede provenir de cualquiera de los oferentes o de la Administración.

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

En un otrosí, 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 si, 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 otrosí, 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 de que se debe aplicar en este caso

¹⁰ 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.
“(...)”.

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 1150 de 2007) de permitir que sean las partes las que definan cuándo debe realizarse la liquidación del contrato: la adenda prima sobre el pliego de condiciones, el contrato sobre la adenda, el otrosí 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 que las partes actúan dentro de los parámetros dados por la ley.

En el evento de 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 1.150 de 2007) consagra un término supletivo “[...] De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga [...]”. 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 término está expresado en diversos mecanismos, en términos de plazo definido (Matallana, 2012), o de la voluntad de la Administración o aun por la voluntad de las partes.

¿Qué ocurrirá si se presenta “conflicto” entre las partes? 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. ¿A partir de cuándo se cuenta de la primera o la segunda? Nuestra posición es la siguiente: si el contrato terminó de manera normal prima la primera: los cuatro meses a partir de la fecha de terminación del contrato; pero si el contrato terminó 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, que es 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.

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 incomprendiones 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 (2013)

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. (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. (Consejo de Estado sentencia de 30 de agosto del 2001, expediente 16256).

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. (Consejo de Estado sentencia de 30 de agosto del 2001, expediente 16256).

4.2 liquidación 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, 2013) 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 de la Ley 80 de 1993) 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 contractual. (Consejo de Estado, sentencia del 4 de julio de 2002, expediente 19333)

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, expediente 16496).

La competencia legal para la liquidación unilateral está consagrada en el art. 11 de la Ley 1.150 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 deben agotar las posibilidades jurídicas y contractuales de la liquidación bilateral (Díaz, 2013, p. 207). 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- y con las consecuencias que ello traería, como la nulidad de toda la liquidación unilateral, debido a que se le cercenó una oportunidad de ley para que el contratista defienda sus intereses.

Por cuanto se trata de una actuación propia de la Administración, la notificación o convocatoria se debe realizar conforme a los parámetros

establecidos por la Ley 1.437 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 su inasistencia 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, 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. Es oportuno recordar en este apartado los argumentos de nuestra tesis: 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 está ordenando a la Administración que no deje en la incertidumbre y en riesgo los bienes públicos, las necesidades públicas y los derechos del contratista.

La Administración debe evaluar técnica, financiera y jurídicamente si el contrato llegó a su fin o si, por el contrario, presentó 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, 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

“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen 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 en los que 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 el contratista no comparece o no se ponen de acuerdo? Nuestra tesis es que la Administración sí puede realizar la liquidación unilateral, si se pactó como cláusula accidental. Las razones se dan porque el contrato lo establece (ley para las partes), y por ello es una obligación que ambos deben cumplir; pero, además, porque 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..”). Los contratos que no exijan la liquidación, y no se haya 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 encontrará viciado de nulidad, por falta de competencia, tal como lo indicó el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Magistrado 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 que lo requieran y argumenta 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, 2013, p. 214).

Respecto a la oportunidad de la liquidación unilateral debe decirse que el término es perentorio, es de dos meses. En los 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 impone; 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, sentencia de diciembre 11 de 1989, Expediente 5334).

Una pregunta que se admite en este divagar académico es esta, luego de vencerse el término 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 antes posible y sin que se generen 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 si no hay disposición de realizarla conjuntamente.

La liquidación unilateral entre entidades públicas

Nuestra tesis considera la liquidación como una obligación que tiene ser realizada por la Administración con el objeto de afirmar 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 están obligadas a cuidar y velar por el interés general. No pensamos, como la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, 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, 2004, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00028-01 (25154)), pues es una interpretación sistemática del parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que establece que en los contratos interadministrativos: se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales y del 11 de la Ley 1.150 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: ¿Se les puede imponer la liquidación unilateral a los particulares que, al mismo tiempo que desempeñan funciones públicas están de contratistas? Nuestra tesis al respecto tiene que ver con los mismos supuestos fácticos de si ambos son públicos y se expone así:

Sostenemos que no solo se debe imponer sino que nuestra posición es más amplia porque 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 lo 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 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 últimas, es el mismo Estado el que lo hace, mediante la vía de la función judicial. Pregonamos que sí 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. 11 de la Ley 1.150 de 2007

Además de los términos mencionados arriba: 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 que la voluntad de la ley es 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.

Sostenemos 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 porque se facilita al contratista para que acuda y colabore, a la vez que pueda defender su conveniencia económica del contrato (art. 29 de la Constitución Política).

(...) 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. (...) (Ley 1.150 de 2007 Inciso 3 del art. 11)

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 haya 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. 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 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 1.437 de 2011 (Betancur Jaramillo, 2013, p. 91).

4.3 Liquidación judicial

Es el último momento establecido en la ley para que el contrato se termine. Está regulada legalmente en la Ley 1.437 de 2011, en el art. 164:

La demanda deberá ser presentada 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 no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga¹¹.

Para que tenga ocurrencia se debe determinar que no fue posible la liquidación (bilateral o unilateral) entre las partes (Rodríguez, 2013, p. 477)¹² 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 y 45 de la Ley 1.563 de 2012. (Betancur, 2013, p. 94).

También, en la Ley 80 de 1993, arts. 70 y 71 se establece esta competencia “sin embargo –cabe aclararlo- dicho árbitro 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, 2013, p. 237).

11 Igualmente, en el art. 141 de la Ley 1.437 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.

12 “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.

Sostenemos que 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 pérdida de la competencia temporal-, e informar al juez de dicha ocurrencia y éste no podrá negarse a colaborar, utilizando mecanismos del derecho tales como la Conciliación (Consejo de Estado, sentencia de diciembre 14 de 2011, expediente 39338)¹³. 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 prevista en el art. 164, num. 2 lits. J) y v).

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

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

13 El acuerdo conciliatorio. "Al Hacer referencia a 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".

declarar la nulidad parcial de esta para incluir los nuevos ítems otorgados en su sentencia. (Rodríguez, 2013, p. 476)

Si se presenta el término de caducidad de la acción contractual y las partes del contrato no ejercieron el derecho de acción, 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, 2012, p. 461).

5. Conclusiones

1. Por todo lo expuesto se puede concluir que desde el punto de vista de la recta gestión de lo público, todos los contratos deben ser liquidados, sea o no una obligación legal.
2. Quiso el legislador en materia de la contratación pública, y en lo atinente a la liquidación de los contratos, que se dé preferencia a la Autonomía de la voluntad y al principio de la buena fe.
3. Una vez realizada la liquidación bilateral, se excluye la posibilidad de la liquidación unilateral. Somos de la tesis de que no pueden coexistir en el mismo contrato.
4. Nuestra legislación otorga mucha amplitud jurídica para que, incluso en la etapa judicial, opere la liquidación bilateral.
5. Las liquidaciones parciales solo poseen fuerza probatoria, pero carecen de protección legal. ■

Referencias

- Benavides, J. (2002). *El contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betancur, C. (2013). *Derecho procesal administrativo* (8ª ed.). Medellín: Señal Editora.
- Colombia. Congreso de Colombia. *Gaceta del Congreso*, número 75, 23 de sep. (1992).
- Colombia. Congreso de Colombia. Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (1993)

- Consejo de Estado. (1989). Bogotá. Sentencia del 11 de diciembre de 1989. Expediente 5334. Magistrado Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo
- Consejo de Estado. (1997). Ciudad. Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente 10.608. Magistrado Ponente: Daniel Suarez Hernández
- Consejo de Estado. (1997). Bogotá. Sentencia del 18 de septiembre de 1997. Expediente 9118. Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. (2000). Bogotá. Concepto del 6 de abril de 2000. Expediente 1.263. Magistrado Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.
- Consejo de Estado. (2000). Bogotá. Sentencia del 13 de julio de 2000. Expediente 12.513. Magistrado Ponente: María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado. (2000). Bogotá. Concepto del 14 de diciembre de 2000. Expediente 1293. Magistrado Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza.
- Consejo de Estado. (2001). Ciudad. Sentencia de 30 de agosto del 2001. Expediente No. 16.256. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado. (2002). Bogotá. Sentencia del 4 de julio de 2002, Expediente 19.333. Consejero Ponente. Germán Rodríguez Villamizar.
- Consejo de Estado. (2004). Bogotá. Sentencia del 20 de mayo de 2004. Expediente 25.154. Magistrado Ponente: María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado. (2006). Bogotá. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 15239. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. (2007). Ciudad. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Expediente 14854. Actor: Hernán Duarte Esguerra. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. (2009). Bogotá. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Expediente 15757. Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.
- Consejo de Estado. (2010). Bogotá. Sentencia del 14 de abril de 2010. Expediente 17.322. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. (2010). Bogotá. Sentencia del 9 de junio de 2010. Expediente 16496, Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. (2010). Bogotá. Sentencia del 23 de junio de 2010. Expediente 18.395. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

- Consejo de Estado. (2011). Bogotá. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Expediente 39338. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. (2012). Ciudad. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Expediente 20.968. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Díaz, C. (2013). *La liquidación*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Escobar, R. (2003). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.
- Expósito, J. (2003). *Forma y contenido del Contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González, E. (1981). *De las Obligaciones en el derecho civil colombiano* (Colección pequeño foro). Medellín: Universidad de Antioquia.
- Matallana, E. (2012). *Manual de contratación de la administración pública* (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Osorio, N. (2008). *Autonomía de la voluntad y Joint Venture en la contratación estatal*. Bogotá: Ibáñez.
- Ramos, A., & Ramos, J. (2014). *Contratación estatal* (3ª ed.). Bogotá: Ibáñez.
- Rodríguez, M. (2013). *Los contratos estatales en Colombia*. Medellín: Jurídica Sánchez.
- Valencia, A. (1968). *Derecho civil. De las obligaciones* (Tomo III, 3ª ed.). Bogotá: Temis