**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Definición**

La liquidación supone un procedimiento mediante el cual la Administración y el contratista definen el estado de la ejecución de las prestaciones del contrato y las eventuales vicisitudes que pudieron presentarse durante su desarrollo. La liquidación deviene con ocasión de la terminación normal o anormal del negocio jurídico, actuación en la que las partes podrán determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o a favor de cada una y, de esta manera, puedan realizar un balance final o corte de cuentas de la relación negocial para finiquitar saldos pendientes de pago y quien será el responsable de éstos.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Eventos – Liquidación obligatoria**

La norma permite determinar, como primera medida, los eventos en los que el contrato estatal requiere ser liquidado a su terminación e, igualmente, señala una tipología de contratos que no lo requieren de manera obligatoria, 1. Cuando la ejecución sea tracto sucesivo; 2. Cuando el cumplimiento de obligaciones se prolongue en el tiempo; 3. Cuando se requiera (ej.: por pacto contractual).

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Clases**

De esta norma se infiere que la liquidación del contrato puede hacerse de tres formas: De mutuo acuerdo; unilateralmente, por parte de la entidad contratante; y judicialmente, previa formulación de la correspondiente pretensión ante el juez del contrato, antes de que se configure la caducidad del medio de control.

**CONTRATO ESTATAL – Definición genérica**

El contrato estatal se define genéricamente como todo acto jurídico generador de obligaciones7 celebrado por una de las entidades estatales descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, cuya actividad contractual se sujeta, íntegramente, al ámbito de cobertura de a los principios, deberes, derechos, procedimientos y reglas consagrados en el Estatuto General de la Contratación Estatal.

**ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA –Aplicación – Entidades estatales**

Si bien el artículo 2 de la Ley 80 de 19938, al definir las entidades estatales cuya contratación se regiría por el estatuto general, persiguió abarcar de forma omnicomprensiva la totalidad o, por lo menos, la mayoría de los organismos que conforman la estructura del Estado, lo cierto es que dicha regla general tiene excepciones creadas por la ley que han permitido que ciertas entidades queden excluidas de su aplicación, para que en su lugar, contraten al amparo de normas de derecho privado.

**ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA – Aplicación – Entidades exceptuadas**

Las entidades exceptuadas de la aplicación del régimen general de la contratación estatal previsto en la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, por autorización de la ley, acuden al régimen jurídico del derecho privado para disciplinar sus contratos. De todas maneras, la exclusión de que gozan las entidades de régimen especial previsto en el Estatuto General de Contratación Estatal no ha sido absoluta, toda vez que, por lo general, tanto en la composición de la entidad como en desarrollo de su objeto, tienen relación con la administración de recursos públicos. Además, de tiempo atrás en el ordenamiento jurídico se reconoció que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación debían respetar los principios de la función administrativa9, tesis que luego acogió el legislador con la expedición de la Ley 1150 de 2007. Las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado que es preponderante y el público que es el supletorio, pero no menos importante, porque irradia aspectos esenciales de la actividad contractual de estas entidades.

**ENTIDADES EXCEPTUADAS – Regímenes especiales de contratación – Recomendación – Colombia Compra Eficiente**

Colombia Compra Eficiente recomienda que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de contratación incluyan en sus manuales de contratación “una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas, los procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005 y los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Entidades con régimen especial**

Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden se concluye, entonces, que las entidades sometidas a régimen especial no tienen la obligación de liquidar sus contratos en la forma y condiciones previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, pues dicho régimen no se aplica a los contratos de derecho privado. Sin embargo, puede ocurrir que estas entidades vean la necesidad de liquidar los contratos, por ejemplo, porque son de tracto sucesivo; porque tienen objetos contractuales complejos o simplemente como una buena práctica administrativa. En estos eventos, podrán acudir a sus reglamentos internos o manuales de contratación o, inclusive, al propio contrato, y estipular las reglas (condiciones, plazos, forma, etc.) de los negocios jurídicos que requieran ser liquidados, según las necesidades prácticas y la conveniencia para los intereses de este tipo de entidades en su actividad contractual. La liquidación del contrato, una vez establecida en sus reglamentos internos de contratación o, en su defecto, pactada como cláusula del contrato, será obligatoria en los términos reglamentados o pactados.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Convenio interadministrativo – Potestad exorbitante**

En lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual. Y esto es así aún en el caso de los contratos interadministrativos, pues la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal pero no de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal. De tal forma, al no ser la liquidación unilateral una potestad excepcional al derecho común, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo pacten su ejercicio, siendo entonces improcedente declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados por ése cargo.

**LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Derecho privado – No es posible pactarse – Liquidación unilateral**

La tesis actual de la sección tercera del Consejo de Estado es que los contratos regidos por el derecho privado no admiten la liquidación unilateral, pues dichas normas no prevén esa clase de competencia22. Sobre este asunto la doctrina también ha considerado que la liquidación unilateral es un poder exorbitante y, en consecuencia, sólo puede ser ejercida por las entidades sujetas al Estatuto General de la Contratación pública.

Bogotá D.C., **27/12/2019 Hora 13:56:10s**

 **N° Radicado: 2201913000009703**

Señor

Hernando Medina

**Radicación:** Respuesta a la consulta 4201912000008332

**Temas:** Régimen contractual de entidades excluidas del Estatuto General de Contratación

**Tipo de asunto consultado:** Liquidación del contrato de entidad excluida de Ley 80

de 1993.

Cordial saludo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de diciembre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

# Problemas planteados

El solicitante formuló la siguiente pregunta: “¿los contratos celebrados por entidades de Régimen Especial de Contratación (EICE, SEM, etc.), deben ser liquidados conforme al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 o pueden ser liquidados sin cumplir lo que en dichos artículos se establece?”

# Consideraciones

Para responder las preguntas formuladas, se harán unas consideraciones en relación con:

i) La liquidación del contrato estatal ii) la aplicación del Estatuto General de Contratación Estatal y iii) liquidación de los contratos de las entidades de régimen especial:

# La liquidación del contrato estatal

Liquidar significa “hacer el ajuste formal de una cuenta”, “saldar, pagar enteramente una cuenta” o “poner término a algo o a un estado de cosas”1. En materia contractual, la

1 Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. [www.rae.es,](http://www.rae.es/) 2019.

liquidación supone un procedimiento mediante el cual la Administración y el contratista definen el estado de la ejecución de las prestaciones del contrato y las eventuales vicisitudes que pudieron presentarse durante su desarrollo. La liquidación deviene con ocasión de la terminación normal o anormal del negocio jurídico, actuación en la que las partes podrán determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o a favor de cada una y, de esta manera, puedan realizar un balance final o corte de cuentas de la relación negocial para finiquitar saldos pendientes de pago y quien será el responsable de éstos.

La liquidación, como última etapa formal2 que deben cumplir los contratos de la Administración, conforme a las reglas del marco jurídico de la contratación estatal, es una institución reconocida en el derecho público de los contratos desde la vigencia del Decreto Ley 150 de 1976, para contratos de obra y suministro y contratos terminados por caducidad, mutuo acuerdo, nulidad o terminación unilateral, con posterioridad fue recogida en el Decreto Ley 222 de 1983 y finalmente se plasmó en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, con las modificaciones actualmente vigentes.

Respecto de los eventos en los que se requiere liquidar el contrato estatal y el contenido de ésta última, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2017 y el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2017 dispone:

"Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. 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.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

2 EXPOSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, 1ra Ed., p.89.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión*.*"

La norma permite determinar, como primera medida, los eventos en los que el contrato estatal requiere ser liquidado a su terminación e, igualmente, señala una tipología de contratos que no lo requieren de manera obligatoria, de la siguiente manera:

|  |  |
| --- | --- |
| **Contratos que deben liquidarse** | **Contratos cuya liquidación no es****obligatoria** |
| 1. Cuando la ejecución sea tracto sucesivo
2. Cuando el cumplimiento de obligaciones se prolongue en el tiempo
3. Cuando se requiera (ej.: por pacto contractual)
 | 1. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión
2. Contratos de ejecución instantánea
 |

A su turno, respecto a la manera de llevar a cabo la liquidación, y cuál es la oportunidad para ello, el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 establece lo siguiente:

“Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. 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.

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 dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.3

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.4

3 Hoy ver artículos 141 y 164 de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

4 Hoy artículo ver artículos 141 y 164 del CPACA.

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.”

De esta norma se infiere que la liquidación del contrato puede hacerse de tres formas: De mutuo acuerdo; unilateralmente, por parte de la entidad contratante; y judicialmente, previa formulación de la correspondiente pretensión ante el juez del contrato, antes de que se configure la caducidad del medio de control5.

El plazo para liquidar el contrato inicia después de su terminación y depende de si las partes logran o no un acuerdo frente a aquella o si deciden acudir a un tercero, para su realización. Lo anterior puede sintetizarse de la siguiente manera:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Liquidación** | **Forma** | **Plazo** |
| 1. Bilateral | Acta suscrita de común acuerdo por las partes | 1. El fijado en pliego de condiciones o convencionalmente
2. Dentro de los 4 meses siguientes (plazo legal
 |

5 CPACA, “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. 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.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

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

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

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

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

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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | supletorio)c. Dentro de los 2 años siguientes al vencimiento de los anteriores conforme al literal j), numeral 2. del art. 164 CPACA |
| 2. Unilateral | Acto administrativo expedido por la entidadcontratante | 1. Dentro de los 2 meses siguientes
2. Dentro de los 2 años siguientes al vencimiento de los anteriores conforme al literal j), numeral 2. del art. 164 CPACA
 |
| 3. Judicial | Sentencia | b. Si se acude al medio de control de controversias contractuales antes de que opere la caducidad, segúnliteral j), numeral 2. del art. 164 CPACA6 |

La regulación precitada le aplica a todo negocio jurídico regido por el Estatuto General de la Contratación Estatal. Si se requiere conocer aspectos adicionales en relación con la liquidación de los contratos estatales, esta Subdirección pone en consideración la “Guía para la liquidación de los Procesos de Contratación”, que se encuentra publicada en la página web de Colombia Compra Eficiente, en el siguiente enlace: [https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias.](https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias)

# 2.2. De la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es la norma de derecho público que rige las etapas precontractual, contractual y postcontractual de los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales, expedido al amparo del inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, y hoy contenido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas legales y reglamentarias pertinentes.

Ahora bien, el contrato estatal se define genéricamente como todo acto jurídico generador de obligaciones7 celebrado por una de las entidades estatales descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, cuya actividad contractual se sujeta, íntegramente, al ámbito de cobertura de a los principios, deberes, derechos, procedimientos y reglas consagrados en el Estatuto General de la Contratación Estatal.

6 Respecto de la aplicación del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA ver auto de unificación: Consejo de Estado. Sección Tercera- Sala Plena, auto del 1° de agosto de 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Rad. 2018-00342-01 (62.009).

7 Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Si bien el artículo 2 de la Ley 80 de 19938, al definir las entidades estatales cuya contratación se regiría por el estatuto general, persiguió abarcar de forma omnicomprensiva la totalidad o, por lo menos, la mayoría de los organismos que conforman la estructura del Estado, lo cierto es que dicha regla general tiene excepciones creadas por la ley que han permitido que ciertas entidades queden excluidas de su aplicación, para que en su lugar, contraten al amparo de normas de derecho privado.

Ejemplos de estas excepciones al régimen general de contratación estatal creadas por la ley, son los siguientes, sin ser los únicos:

* Las empresas de servicios públicos domiciliarios en virtud del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001.
* Las empresas sociales del Estado, por obra del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.
* Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado o público, según el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011.
* Las entidades financieras estatales, según el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007.

Las entidades exceptuadas de la aplicación del régimen general de la contratación estatal previsto en la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, por autorización de la ley, acuden al régimen jurídico del derecho privado para disciplinar sus contratos. De todas maneras, la exclusión de que gozan las entidades de régimen especial previsto en el Estatuto General de Contratación Estatal no ha sido absoluta, toda vez que, por lo general, tanto en la composición de la entidad como en desarrollo de su objeto, tienen relación con la administración de recursos públicos. Además, de tiempo atrás en el ordenamiento jurídico

8“Artículo 2°. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: “1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

se reconoció que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación debían respetar los principios de la función administrativa9, tesis que luego acogió el legislador con la expedición de la Ley 1150 de 2007. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“siempre que esté de por medio la contratación estatal, con independencia de la normativa de prevalente aplicación al contrato, los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución Política , por lo tanto, el funcionario público no está en libertad de conceder y definir libremente el contrato, aunque se aplique el derecho privado, pues debe desarrollar en su actuar, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone. Esta la razón por la cual el funcionario público tiene el deber de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal, tanto antes de su celebración, en el momento de definir las necesidades y condiciones de la contratación y de elegir su contratista, así como en la ejecución y liquidación del contrato y éstos principios –se reitera- se deben aplicar y respetar aun cuando el contrato se rija por el derecho privado.”10

El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 positivizó el precepto según el cual “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

En razón a lo anterior, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado que es preponderante y el público que es el supletorio, pero no menos importante, porque irradia aspectos esenciales de la actividad contractual de estas entidades. Doctrinaria11 y jurisprudencialmente12 se han identificado algunos ejemplos de la aplicación de uno y otro régimen en la contratación de

9 Definición legal que hoy puede encontrarse en el artículo 3 del CPACA.

10 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de febrero de 2013, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, rad. No. 2000-01561-01(25.590).

11 BENAVIDES, José L. y SANTOFIMIO Jaime O, comps. Contrato estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. Universidad Externado de Colombia, 2009, p.410 - 418.

12 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2011, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. No. 37.423.

estas entidades, tal y como se sintetiza a continuación:

|  |
| --- |
| Derecho privado |
| 1. La selección del contratista: no se requiere acudir a los procedimientos de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007
2. Requisitos de existencia del contrato: no se acude a la solemnidad del contrato estatal prevista en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.
3. Los requisitos de validez del contrato: se rige por lo dispuesto en las leyes civiles y comerciales.
4. Procedimientos: no están sometidos a solemnidades, aprobaciones o autorizaciones especiales.
5. Cláusulas contractuales: por regla general caben todas las posibles según leyes civiles y comerciales. Por regla general no se aceptan cláusulas excepcionales, salvo norma expresa.
6. Ejecución del contrato: no requiere formalidades distintas a las pactadas por las partes.
7. Terminación, ampliación y liquidación del contrato: No se rigen por las disposiciones

de la Ley 80 de 1993. |
| Derecho público |
| 1. Principios de la función administrativa y la gestión fiscal: tienen influencia en todas las etapas del proceso de contratación
2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades: restringen la capacidad legal de contratar, aun cuando el contrato sea de derecho privado.
3. Cláusulas exorbitantes: cuando están autorizadas por la ley, su utilización se rige por

la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones. |

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la combinación de ordenamientos que confluyen en el régimen contractual de las entidades excluidas del Estatuto General de Contratación y ha considerado que el régimen sustantivo del contrato - derecho privado- no desvanece el sometimiento de la Administración al principio de legalidad y al respeto por los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en la actividad precontractual de estas entidades, aun cuando se aplican normas de derecho privado, también se aplican los principios de la función administrativa, situación que puede derivar en la expedición de verdaderos actos administrativos que se someten al cumplimiento del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, son controlables por el juez administrativo, como toda la actividad de la Administración Pública13.

13 Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de 6 de julio de 2017, M.P. Marta Nubia Velázquez Rico, rad. 51920; sentencia de 13 de abril de 2011, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 37.423; sentencia de 20 de abril de 2005, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, rad. 14.519, entre otras.

De lo anterior se colige, entonces, que en la actualidad los contratos celebrados por las entidades de régimen especial en cumplimiento de su objeto, están regidos, preferente, por las normas de derecho privado, no obstante, dicho régimen no es exclusivo, y por consiguiente, el margen de libertad de configuración de la actividad contractual no se rige de forma absoluta por el principio de la autonomía privada, en la medida en que también le resultan aplicables normas y principios del derecho administrativo que deben ser observados para ceñir la contratación al ordenamiento jurídico aplicable.

Resulta útil acudir a sus estatutos o los reglamentos internos o manuales de contratación, pues éstos comportan el instrumento idóneo para edificar la simbiosis existente entre las normas de derecho privado y público que gobiernan la contratación, y una vez proferido, adquiere un carácter vinculante14 y permite la aplicación práctica de los principios aludidos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

“el régimen contractual de estas entidades queda sujeto a una combinación muy incierta, pero efectiva: al derecho privado, a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y al reglamento interno de contratación, que en el fondo pondera parte de los dos regímenes anteriores.

De conformidad con esta conclusión, una vez reglamentada parte de la libertad contractual, por exigencia de la ley, se abandona y se convierte en regla, y en adelante vincula con la fuerza propia del reglamento. De allí que la entidad excluida pierde libertad y se sujeta a su reglamento. Claro está que en lo no previsto allí se conserva la remisión pura al derecho privado y a la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal”15.

En consonancia, Colombia Compra Eficiente recomienda que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de contratación incluyan en sus manuales de contratación “una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas, los procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005 y los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las etapas del Proceso de

14 Sobre el carácter vinculante de los manuales de contratación de entidades regidas por el derecho privado ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A sentencia de 10 de febrero de 2016, M.P. Marta Nubia Velázquez Rubio, rad. 2003-00959 (38.696).

15 Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 24 de octubre de 2016, M.P. Marta Nubia Velázquez Rico Rad. 2007-00104-01(45.607)

Contratación, con base en su autonomía”16.

En consecuencia, por mandato del legislador, el régimen jurídico de los contratos de las entidades con régimen especial es una excepción a la aplicación del Estatuto General de la Contratación Estatal17, aspecto que permite, por regla general, que dichas entidades se sustraigan de las normas que regulan la actividad contractual de las entidades estatales a que hace referencia el artículo 2° de la Ley 80 de 1993.

# 2.3 Liquidación de contratos de las entidades de régimen especial

Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden se concluye, entonces, que las entidades sometidas a régimen especial no tienen la obligación de liquidar sus contratos en la forma y condiciones previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, pues dicho régimen no se aplica a los contratos de derecho privado. Sin embargo, puede ocurrir que estas entidades vean la necesidad de liquidar los contratos, por ejemplo, porque son de tracto sucesivo; porque tienen objetos contractuales complejos o simplemente como una buena práctica administrativa. En estos eventos, podrán acudir a sus reglamentos internos o manuales de contratación o, inclusive, al propio contrato, y estipular las reglas (condiciones, plazos, forma, etc.) de los negocios jurídicos que requieran ser liquidados, según las necesidades prácticas y la conveniencia para los intereses de este tipo de entidades en su actividad contractual.

La liquidación del contrato, una vez establecida en sus reglamentos internos de contratación o, en su defecto, pactada como cláusula del contrato, será obligatoria en los términos reglamentados o pactados.

De otro lado, la liquidación podrá ser hecha de forma bilateral, sin lugar a discusión, toda vez que las partes están facultada para realizar dicho acto de naturaleza contractual, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y el mutuo consentimiento.

16 Colombia Compra Eficiente. ‘Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación’. Disponible en: [https://www](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacio).colom[biaco](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacio)m[pra.go](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacio)v[.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_expedicion\_manual\_contratacio](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacio) n.pdf

17 “Una de las pretensiones más claras, y declarada, de la Ley 80 de 1993 fue convertir la codificación de los negocios jurídicos del Estado en un Estatuto Único de Contratación, o por lo menos en un Estatuto General en cuanto a su aplicación, de ahí que el artículo 2 hizo una relación prácticamente completa de las entidades que conforman la estructura del Estado colombiano, para designarlas como destinatarias de este régimen jurídico, así que incluyó a todas las ramas del poder público, y a cada uno de sus órganos” [Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 8 de abril de 2014, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. 2000-00341- 01(25.801)].

En lo que respecta a la liquidación unilateral, cabe señalar que el Consejo de Estado ha tenido distintas posturas, antiguamente equiparándola a una potestad excepcional18 y, posteriormente, considerándola como una prerrogativa pública que no alcanza dicha connotación19. En reciente pronunciamiento, por ejemplo, anuló la liquidación unilateral de un contrato celebrado por una ESE, por falta de competencia, con los siguientes argumentos:

“con el propósito de identificar cuáles decisiones se hallan inmersas dentro de la noción “proferidas en ejercicio de potestades excepcionales”, conviene advertir que, a su turno, la Corte Constitucional, al analizar la exequilibidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, delimitó la categoría de potestades excepcionales exclusivamente a las previstas en el artículo 14 de la Ley 80, lo que de suyo excluyó de ese listado la liquidación unilateral del negocio jurídico.

En pronunciamiento del 10 de junio de 2009, esta Sección discurrió sobre el alcance interpretativo de la providencia de la Corte Constitucional y precisó que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no podían conocer sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportaran el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, con expresa referencia a aquéllos que consagró expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto es, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 20 de mayo de 2004, rad. 25.154, C.P. María Elena Giraldo Gómez. “*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 jurídicos a la contraparte que también es Estado*”.

19Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 14 de diciembre de 2000, rad. 1293, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza. “*El régimen de cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fue reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de cláusulas excepcionales y básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales (anteriormente equivalía a la denominada ‘renuncia a la reclamación diplomática’). La doctrina menciona otras cláusulas como ‘de privilegio’ porque denotan ‘algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante’, pero no operan ni tendrían los mismos privilegios de las anteriores. Se mencionan la de reversión y la de garantías, bajo el argumento de que no constituyen materia totalmente ajena a la contratación privada. Además, existe otro género de cláusulas, ‘las especiales’ que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales, que incluyen las multas y las denominadas penales pecuniarios; finalmente, otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta*”.

al tiempo consideró que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos proferidos en desarrollo de facultades distintas a aquellas condensadas por el artículo 14 acabado de citar, sí podían ser sometidos al conocimiento y a la decisión de árbitros.

En similar perspectiva esta Corporación reiteró lo expuesto en la sentencia del 10 de junio de 2009, en cuanto a que los tribunales de arbitramento podían conocer de los conflictos derivados de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los proferidos con fundamento en los poderes exorbitantes contenidos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en esta ocasión siguiendo el derrotero trazado en veces precedentes, la Sala considera que la taxatividad de las cláusulas excepcionales agrupadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1999, conduce a que su aplicación sea restrictiva y que, en esa virtud, solo se conciban como tales las que allí se enuncian, sin que con ello se pretenda desconocer el carácter de prerrogativas especiales de las demás facultades unilaterales de que se encuentra investida la administración por ministerio de la Ley.

Con apoyo en lo expuesto, ha de concluirse que cuando la Ley 100 de 1993 autorizó a las Empresas Sociales del Estado para que en su actividad contractual utilizaran “cláusulas exorbitantes”, hoy excepcionales, debe entenderse que dicha permisión comprende aquellas cláusulas que según el Estatuto de Contratación Estatal ostentan de manera expresa dicha denominación, es decir, las contenidas en el pluricitado artículo 14, circunstancia que no incluye la facultad de liquidación unilateral del contrato.”20

Sobre las tesis existentes respecto de la naturaleza de la liquidación unilateral, Colombia Compra Eficiente21, ha hecho el siguiente análisis:

La identificación de las potestades excepciones o cláusulas exorbitantes ha variado de posición tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como en la doctrina. Las primeras veces que el tema fue tratado por el alto tribunal, la posición fue que la liquidación unilateral era una exorbitancia.

En la sentencia con radicado No. 4.303, del 13 de mayo de 1988, la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando aún se encontraba vigente el Decreto 222 de 1983, consideró que la liquidación unilateral tenía una doble connotación, como acto administrativo y como ejercicio de una potestad exorbitante:

20Consejo de Estado, Secc. 3ª, sentencia de 8 de marzo de 2017, rad. 2013-00249 (50.890), M.P. Marta Nubia Velázquez Rico.

21 Concepto proferido para resolver la consulta rad. 4201912000004971 de 24 de julio de 2019.

a) Los contratos administrativos no se rigen en su integridad por las normas del Decreto

222 de 1983; el que gobierna, en principio, sólo aquellos aspectos expresamente señalados y que fuera de tocar con el régimen de su competencia y formalidades, ordinariamente tienen que ver con los poderes exorbitantes que la administración posee en el campo de la contratación pública (caducidad, terminación, modificación, interpretación, cláusula penal pecuniaria, sujeción a apropiaciones presupuestales garantías, renuncia a reclamación diplomática, liquidación unilateral, etc., etc.)” .

La sentencia con radicado interno 8.126 del 13 de mayo de 1995, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández, también calificó de exorbitante a la liquidación unilateral, al considerar que ante la imposibilidad de realizar una liquidación de común acuerdo, la normativa previó la posibilidad de que la entidad estatal lo realizará unilateralmente, como una prerrogativa de poder público, para evitar la paralización de los procedimientos administrativos y garantizar la culminación de los procesos contractuales, sin necesidad de intervención de un tercero:

Precisamente estas especiales características de la liquidación han determinado que nuestro ordenamiento prevea que, cuando no sea posible el acuerdo de las partes, la administración quede dotada de una prerrogativa de poder público para hacerlo de modo unilateral; es la voluntad de la ley que, en aras de la seguridad jurídica, el asunto se resuelva de modo definitivo en cuanto al ejercicio de la función administrativa concierne, dejando a salvo –claro está– los mecanismos de impugnación ante esta jurisdicción.

En el mismo sentido, la sentencia con radicado No. 10.703, del 18 de julio de 1997, Sección Tercera, Consejero ponente Juan de Dios Montes Hernández, citando la sentencia del 6 de junio de 1996, expediente 2.240, con ponencia del mismo consejero, dispuso que la exorbitancia supone el ejercicio de facultades unilaterales que la ley únicamente otorga a una de las partes del contrato: la entidad estatal, para que lo ejerza dentro de un lapso de tiempo. Es decir, por disposición legal la Administración ostenta, de manera temporal, la competencia para ejercer unilateralmente determinadas facultades que le son propias por su naturaleza de entidad estatal:

Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado que la exorbitancia se manifiesta dentro de la operación contractual mediante la expedición de decisiones administrativas unilaterales o actos administrativos que, como ya explicamos, tienen un tratamiento especial dentro del código administrativo. También ha dicho la doctrina que esos poderes pueden ejercerse desde la iniciación de la etapa precontractual hasta el vencimiento del contrato y que ellos encuentran su fundamento en la ley y en el contrato mismo.

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que la caducidad y en general las formas anormales de terminación unilateral en los contratos de tracto sucesivo, no podrán declararse después de su vencimiento. Vale decir, que con dicho vencimiento cesa el aludido poder exorbitante.

La sentencia con radicado No. 10.781 del 18 de noviembre de 1999, Sección Tercera, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, continuó la misma línea, y de esa forma estableció que el artículo 289 del Decreto Ley 222 de 1983, al disponer que “Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa”, suponía el ejercicio de un poder excepcional que se encontraba explícitamente otorgado por la norma vigente,

En estas condiciones encuentra la Sala que la entidad demandada al liquidar unilateralmente el contrato procedió ajustándose a lo previsto en el artículo 289 del decreto Ley 222 de 1983, pues una vez se dio por terminado el contrato actuó legalmente haciendo uso de su poder excepcional, particularmente el otorgado por el inciso tercero de la norma y se limitó a recuperar las sumas que había invertido en la obra.

La sentencia con radicado No. 11001-03-26-000-2002-0012-01(22.195), del 4 de julio de 2002, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jesus María Carrillo Ballesteros, produjo un cambio en la línea que venía proponiendo el Consejo de Estado. Dispuso que la liquidación unilateral, de la que es titular la Administración, por lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, no es un poder excepcional o privativo de la Administración, pues el ejercicio de dicha facultad únicamente supone poner fin al contrato teniendo en cuenta el desarrollo económico del mismo y los saldos existentes entre las partes, situación que por sí misma no es ejercicio de un poder excepcional de las entidades estatales, sino el simple ejercicio de una facultad necesaria para concluir los procesos de contratación ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes:

La Administración, es cierto, cuenta con la facultad legal para liquidar el contrato por virtud de lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, pero debe recordarse que tal potestad suple la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente; de manera que no se trata de un poder excepcional o privativo de la administración. Ni siquiera en el evento de que lo fuera, estaríamos frente a una limitación respecto del futuro ejercicio de ese poder, pues la decisión de liquidar unilateralmente el contrato se traduce simplemente en la facultad de finiquitarlo totalmente, mediante la constatación del desarrollo económico del contrato y la determinación de los saldos a cargo o a favor de cada uno de los co

contratantes .

Sin embargo, a pesar de que lo anterior fue la ratio decidendi de la sentencia, la aclaración de voto realizada por Ricardo Hoyos Duque difiere de lo expuesto. Para el consejero no es posible afirmar que la liquidación unilateral no suponga el ejercicio de un poder exorbitante, pues las decisiones unilaterales, por el simple hecho de provenir del querer de una sola parte y tener efectos aplicables a todos los sujetos del contrato estatal, son facultades que a pesar de tener fines legítimos -evitar la paralización-, son excepcionales al derecho común, pues se trata de poderes otorgados para el cumplimiento de fines estatales y generar economía y eficiencia en la etapa final del contrato estatal:

Hay algo que caracteriza o tipifica hoy el contrato estatal es la presencia de la administración pública, de acuerdo con el criterio subjetivo adoptado por la ley 80 de 1993 para su definición. Esta presencia, a su vez, implica que la administración mantenga en el contrato el privilegio general de autotutela, declarativa y ejecutiva (art. 64 C.C.A.) que se manifiesta a través de actos administrativos y que deriva de la posición jurídica general de la administración, no resulta del contrato y por consiguiente es en sí mismo extracontractual. Esto es lo que llaman los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández “las modulaciones de la institución contractual en los contratos administrativos”. (…) Así se desprende del art. 13 ley 80 de 1993 en cuanto señala que el contrato estatal se rige por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley. La verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de estas prerrogativas se deriva de la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas, con los servicios públicos cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la administración (art. 2º C.C.A., art. 3º ley 80 de 1993) y cuyo cumplimiento, por consiguiente, debe ésta atender con todas sus facultades específicas, con el fin de evitar, sobre todo, retrasos que serían ineludibles si la administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. De acuerdo con el art. 61 de la Ley 80 de 1993, no es exacto, por tanto, como se afirma en la ponencia, que la facultad legal que tiene la administración para liquidar el contrato y que suple la facultad que tienen las partes de hacerlo bilateralmente, no sea un “poder excepcional o privativo de la administración.

En la sentencia con radicado No. 73001-23-31-000-1999-9333-01(19.333), del 4 de julio de 2007, Sección Tercera, Consejero Ponente: Germán Rodriguez Villamizar, el Consejo de Estado planteó una tercera tesis sobre el tema, y por tanto una nueva posición. Explicó que en la liquidación unilateral podían existir varios tipos de actos, algunos de los cuales constituían el ejercicio de una facultad exorbitante y otros que, a pesar de ser una manifestación unilateral de la Administración, no surgían de una facultad excepcional.

De esta forma, los actos unilaterales que surgen como mera expresión del artículo 61 de Ley 80 de 1993 , en ejercicio de función administrativa, suponen el ejercicio de una facultad exorbitante, pues la decisión de la Administración de saldar cuentas unilateralmente, aun siendo parte de la relación contractual, es una facultada que escapa a la órbita de facultades o derechos que los particulares tienen en ese tipo de negocios jurídicos.

Por su parte, los actos unilaterales que se sustentan en un acuerdo de las partes contratantes, o los que expresan una decisión de la Administración de reconocer o negar la existencia de obligaciones jurídicas como consecuencia de peticiones o reclamos del contratista, no constituyen el ejercicio de una prerrogativa propia y exclusiva de las entidades estatales, pues a pesar de constar en un acto administrativo no provienen de la voluntad exclusiva de la entidad estatal. De esta forma, de acuerdo con esta sentencia, el ejercicio de poderes, por ejemplo, la liquidación unilateral, no siempre se realiza con fundamento en el ejercicio de un poder exorbitante, sino que incluso la unilateralidad puede ser el ejercicio de un poder que no suponga una exorbitancia .

Posteriormente, el 31 de agosto de 2006 el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia con radicado No. 25000-23-26-000-1991-07664-01(14.287), Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, afirmó que la liquidación unilateral no era una facultad exorbitante de la Administración, en la medida en que, basándose en un criterio estructural, ni el Decreto-Ley 222 de 1983 ni la Ley 80 de 1993 le dieron está naturaleza. Sumado a lo anterior, la línea se fundamentó en jurisprudencia que había tomado la misma posición argumentando que los poderes unilaterales de la Administración tienen por finalidad la correcta ejecución del contrato, y por tanto aquellas facultades que a pesar de ser unilaterales no tienen este fin no podrían ser consideradas exorbitantes. Así pues, el hecho de que una facultad o poder sea unilateral no otorga por sí mismo la calidad de exorbitante

.

A pesar de que en 2006 la jurisprudencia del Consejo de Estado calificó como no exorbitante a la liquidación unilateral, en sentencia con radicado No. 11001-03-26-000- 2009-00001-00(36.252), del 10 de junio de 2009, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, dispuso que los jueces arbitrales no podían ejercer control de los actos administrativos en los que la Administración hiciera uso de las facultades excepcionales, dentro de los que se incluyen los actos de liquidación unilateral. De esta forma, después de un estudio de la sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000, determinó que los poderes o potestades excepcionales de la administración no se reducen,

en materia contractual, a los que enuncia el artículo 14 de la ley 80 de 1993, sino que muchos otros comparten esa naturaleza.

Por su naturaleza, por tratarse de una manifestación del poder público del Estado, son actos que a pesar de poder generar implicaciones patrimoniales, el análisis de su legalidad es de la esfera exclusiva del juez contencioso administrativo y, por tanto, los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden conocer y pronunciarse sobre los actos administrativos que surgen como consecuencia de un poder exorbitante.

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto por el Consejo de Estado en el exp. 36.252, del 10 de junio de 2009, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, el fallo de la Corte Constitucional debe ser entendido de tal forma que solo cobija las facultades exorbitantes contempladas por los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993, sin que ello implique que sean las únicas potestades excepcionales que consagra la norma, pues se deben entender como poder exorbitante todos los poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la Administración en su calidad de tal, independientemente de su ubicación normativa:

Para la mayoría de la Sala los poderes excepcionales o tradicionalmente conocidos también como exorbitantes –en cuanto exceden la órbita que integra el marco dentro del cual se desarrollan los contratos que, en pie de igualdad jurídica, celebran los particulares entre sí, de conformidad con la teoría general de los contratos–, corresponden a la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública, a la cual le corresponde velar por el interés general cuya satisfacción se encuentra inmersa en la celebración y consiguiente ejecución de cada contrato estatal.

Desde esa perspectiva cabe precisar entonces que la diferencia que existe en cuanto al contenido o el alcance de las dos clases o especies de la noción de poderes excepcionales que aquí se han descrito, esto es aquella a la cual hace referencia la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, por un lado y, por el otro, el concepto al cual de ordinario alude en asuntos de contratación pública la mayoría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radica en que mientras el Tribunal Constitucional identificó en su condicionamiento de exequibilidad los “poderes excepcionales” con aquellos que consagra exclusivamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los “poderes

excepcionales” todas aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias también deben entenderse como parte de los “poderes excepcionales o exorbitantes” –pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la sentencia C-1436 de 2000–, los demás actos administrativos contractuales como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc.

Reafirmando que la liquidación unilateral es un poder excepcional, las sentencias con radicado No. 05001-23-26-000-1990-00842-01(17.322) del 14 de abril de 2010; 25000-23-

26-000-1992-07954-01(18.082) del 19 de octubre de 2011 y 05001-23-24-000-1995-01110-

01(21.483) del 18 de julio de 2012, de la Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, determinaron que esta surge ante la imposibilidad de realizar una liquidación bilateral generando la necesidad de establecer mecanismos en favor de las entidades estatales para finiquitar procesos que son necesarios para culminar los procesos contractuales:

En éste último caso [liquidación de mutuo acuerdo], el esfuerzo que realizan puede frustrarse, es decir, no conducir a una liquidación de mutuo acuerdo, ya que las diferencias pueden ser tan profundas que impiden suscribir un documento que resuelva la situación. Cuando esto acontece, la ley contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato, es decir, que lo haga unilateralmente, asumiendo el poder excepcional de declarar el estado en que queda el negocio jurídico.

Posteriormente, introduciendo diferencias, y contradicción, el Consejo de Estado en sentencia con radicado No. 52001-23-31-000-2003-00665-01(32.797), del 16 de marzo de 2015, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se pronunció indicando que la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal que no implica el ejercicio de una potestad exorbitante, pues no se encuentra en la lista que la Ley 80 de 1993 contempla como tal, es decir, que esta sentencia se basa en un criterio meramente de forma para definir si una cláusula es o no exorbitante:

En lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual. Y esto es así aún en el caso de los contratos interadministrativos, pues la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal pero no de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal.

Sumado a lo anterior, en la sentencia con radicado No. 25000-23-26-000-2011-00143- 01(55836) del 24 de abril de 2017, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, al analizar si en un convenio interadministrativo una entidad estatal había extralimitado su competencia al liquidarlo de manera unilateral, determinó que dado que la liquidación unilateral no supone el ejercicio de un poder exorbitante, por no estar contenida en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo pacten su ejercicio. Esto tendría como fundamento que la liquidación unilateral, al no ser una cláusula exorbitante, no estaría cubierta por la prohibición que contempla la Ley 80 de 1993 respecto de la imposibilidad que en los contratos o convenios interadministrativos se pacten cláusulas o estipulaciones excepcionales, y por tanto es viable que las entidades, en este tipo de acuerdos de voluntades –interadministrativos-, pacten la liquidación unilateral:

En cuanto al primer cargo afirma que el demandado no tenía la competencia para ordenar la liquidación unilateral al considerar que ésta es una potestad excepcional cuyo ejercicio se encuentra prohibido en los convenios interadministrativos. (…) En cuanto al primer cargo de nulidad, considera la Sala que no le asiste la razón al accionante cuando afirma que la liquidación unilateral comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común, pues tal como se señaló en líneas anteriores, si bien ésta es una facultad o potestad legal en cabeza de la administración, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad excepcional por no estar enlistada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

De ésta forma, al no ser la liquidación unilateral una potestad excepcional al derecho común, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo pacten su ejercicio, siendo entonces improcedente declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados por ése cargo.

Finalmente, en esta línea jurisprudencial, el Consejo de Estado, en sentencia con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00205-00(55756), del 4 de mayo de 2018, Sección Tercera Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, consideró que en un contrato celebrado por dos entidades estatales, un municipio y una ESE, la entidad estatal contratante se encontraba facultada para liquidar unilateralmente el convenio interadministrativo en la medida en que los contratos de tracto sucesivo, como el de prestación de servicios sometido a examen, serán objeto de liquidación de mutuo acuerdo o de forma unilateral a falta de aquella, sin que exista una excepción a la aplicabilidad de dicha facultad de la Administración. De esta forma, en dicho caso, el municipio – contratante-, por ministerio de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, tenía la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, sin que la ESE, a pesar de ser entidad estatal, también tuviese dicha facultad, pues la misma “se halla reservada a la entidad estatal, que dentro el vínculo negocial hubiera desempeñado el rol de contratante, esto es, aquella que hubiera demandado de otro la prestación de un servicio para el cumplimiento de su cometido misional, condición que en este caso ostentó el ente territorial y no la empresa social del Estado ”.

En suma, de lo expuesto hasta el momento se advierten dos posiciones respecto a la naturaleza de la liquidación unilateral:

1. La tesis mayoritaria, y sostenida en el tiempo ha considerado que la liquidación unilateral es una cláusula exorbitante o poder excepcional, porque es una facultad unilateral exclusiva de la entidad estatal, que a pesar de no estar contemplada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 su naturaleza es evidentemente excepcional al derecho común, y
2. La tesis menos reiterada, propuesta por el algunos Consejeros en forma intermitente, considera que la liquidación unilateral no es una facultad exorbitante o poder excepcional, toda vez que la Ley 80 de 1993 no la calificó expresamente así. De esta forma, la Ley 80 de 1993, en el artículo 14, establece, entre otras, la interpretación, modificación y terminación unilaterales como cláusulas excepcionales al derecho común, que no pueden ser pactadas en los contratos o convenios interadministrativos, por prohibición expresa del Estatuto General de la Contratación Pública . Adicionalmente, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que otorga la facultad legal a las entidades estatales de liquidar unilateralmente los contratos, no contempla excepción a su aplicabilidad.

La tesis actual de la sección tercera del Consejo de Estado es que los contratos regidos por el derecho privado no admiten la liquidación unilateral, pues dichas normas no prevén

esa clase de competencia22. Sobre este asunto la doctrina también ha considerado que la liquidación unilateral es un poder exorbitante y, en consecuencia, sólo puede ser ejercida por las entidades sujetas al Estatuto General de la Contratación pública23.

# Respuesta

Las entidades estatales con régimen especial de contratación, por regla general, no tiene el deber de liquidar los contratos en los términos dispuestos por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2017, y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2017, dado que estas normas hacen parte del Estatuto General de Contratación y este último no le es aplicable a los contratos regidos por el derecho privado.

Lo anterior sin perjuicio de la regla propia que haya sido estipulada en el reglamento interno o manual de contratación de estas entidades, en relación con la liquidación de los contratos o si la necesidad de la liquidación tiene como origen una cláusula del contrato. En estos eventos, la liquidación deberá hacerse en los términos que disponga el referido reglamento o la estipulación contractual. Colombia Compra eficiente considera que pactar a liquidación unilateral en los contratos de entidades con régimen especial no es posible.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Proyectó: Felipe Bastidas Paredes

22 Consejo de Estado, Secc. 2ª, sentencia de 24 de octubre de 2019, rad. 2019-04405 (AC), M.P. William Hernández Gómez. “ …tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, tiene relación con la oportunidad de la que goza la Administración para liquidar unilateralmente el negocio, facultad que no podía ejercer el Fondo Adaptación, habida cuenta de que el contrato objeto de estudio se rige por las normas del derecho privado y aquellas no prevén esa competencia”.

23 Díaz Díaz, Cristian. La liquidación, 1ª Ed., Librería Jurídica Sánchez R Ltda y Centro de Estudios de Derecho Administrativo, 2013, p. 108.