**LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS – Cláusula excepcional – Posición –Consejo de Estado**

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.

[…] Hasta el momento se advierten dos posiciones respecto a la naturaleza de la liquidación unilateral: i) 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 ii) 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.

**LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS – Facultades excepcionales – Posición – Colombia Compa Eficiente**

[…] La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente comparte la posición jurisprudencial que considera que la liquidación unilateral es una cláusula o poder exorbitante, y por tanto no puede incluirse en acuerdos de voluntades celebrados entre entidades estatales, es decir, en contratos o convenios interadministrativos. Lo anterior porque la liquidación unilateral contempla el ejercicio de privilegios ajenos al derecho común, por ejemplo, el hecho de que de forma unilateral una de las partes de la relación declare que el contratista tiene deudas y determine el valor al que asciende, cuando aquel que realiza la declaración se constituye como el mismo acreedor. De esta forma, dado que la liquidación unilateral es una facultad que tienen las entidades estatales de hacer un balance final o ajuste de cuentas del contrato, para terminar la relación jurídica obligacional cuando el contratista no se presente a la liquidación o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, el acto administrativo que surge del ejercicio de dicho poder es un título ejecutivo generado por quien es parte del negocio jurídico, y que puede contener saldos a su favor que podrían conllevar que el juez libre un mandamiento ejecutivo o se ejecute su cobro coactivamente.

**CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Exorbitancia – Criterios – Prohibición**

Por otra parte, una cláusula es o no exorbitante atendiendo a su naturaleza y no por la simple ubicación en un artículo de la Ley 80 de 1993, es decir, que se debe realizar un análisis de su contenido material para definir si contiene o no un privilegio que en sentido estricto no se confiere en el derecho común. De esta forma, independientemente de la ubicación, las cláusulas que contengan facultades diferentes al derecho común deben considerarse como exorbitantes.

[…] La Corte Constitucional, en el análisis de la sentencia C-1436 de 2000, no dijo que las potestades excepcionales fueran las contenidas en un artículo especifico de la Ley 80 de 1993, sino que las definió como aquellas a través de las cuales a la entidad pública se le reconocen una serie de prerrogativas con fundamento en la prevalencia del interés general y los fines estatales, sin importar el artículo en el que se encuentran ubicadas. Así, es claro que la Corte Constitucional no consideró que las cláusulas exorbitantes únicamente fueran las consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual, en la misma línea, se debe considerar que la exorbitancia se predica de cualquier poder que se otorgue para una de las partes, sin perjuicio de la igualdad que debe regir las relaciones negociales.

El parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que en los contratos interadministrativos se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales. Teniendo en cuenta que, por los argumentos expuestos, la liquidación unilateral es una facultad exorbitante o poder excepcional -a pesar de no estar contemplada en el artículo 14 *ibidem-* los contratos o convenios interadministrativos no se pueden liquidar unilateralmente.

Bogotá D.C., **25/09/2019 Hora 11:11:52s**

# N° Radicado: 2201913000007096

Señor **Ciudadano** Ciudad

**Radicación:** Respuesta a consulta #4201912000004971

**Temas:** Liquidación

**Tipo de asunto consultado:** Liquidación unilateral de contratos y convenios

interadministrativos

Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 24 de julio de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

# Problema

“¿Los contratos y convenios interadministrativos se pueden liquidar de manera unilateral?”

# Consideraciones

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:

* 1. 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.)”[[1]](#footnote-1).

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[[2]](#footnote-2).

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[[3]](#footnote-3), 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[[4]](#footnote-4).

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[[5]](#footnote-5).

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[[6]](#footnote-6).

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”[[7]](#footnote-7).

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[[8]](#footnote-8). 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.

Ahora, teniendo en cuenta su consulta, le informamos que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente comparte la posición jurisprudencial que considera que la liquidación unilateral es una cláusula o poder exorbitante, y por tanto no puede incluirse en acuerdos de voluntades celebrados entre entidades estatales, es decir, en contratos o convenios interadministrativos.

Lo anterior porque la liquidación unilateral contempla el ejercicio de privilegios ajenos al derecho común, por ejemplo, el hecho de que de forma unilateral una de las partes de la relación declare que el contratista tiene deudas y determine el valor al que asciende, cuando aquel que realiza la declaración se constituye como el mismo acreedor.

De esta forma, dado que la liquidación unilateral es una facultad que tienen las entidades estatales de hacer un balance final o ajuste de cuentas del contrato, para terminar la relación jurídica obligacional cuando el contratista no se presente a la liquidación o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido[[9]](#footnote-9), el acto administrativo que surge del ejercicio de dicho poder es un título ejecutivo generado por quien es parte del negocio jurídico, y que puede contener saldos a su favor que podrían conllevar que el juez libre un mandamiento ejecutivo o se ejecute su cobro coactivamente.

Por otra parte, una cláusula es o no exorbitante atendiendo a su naturaleza y no por la simple ubicación en un artículo de la Ley 80 de 1993, es decir, que se debe realizar un análisis de su contenido material para definir si contiene o no un privilegio que en sentido estricto no se confiere en el derecho común. De esta forma, independientemente de la ubicación, las cláusulas que contengan facultades diferentes al derecho común deben considerarse como exorbitantes.

Adicionalmente, la Corte Constitucional, en el análisis de la sentencia C-1436 de 2000, no dijo que las potestades excepcionales fueran las contenidas en un artículo especifico de la Ley 80 de 1993, sino que las definió como aquellas a través de las cuales a la entidad pública se le reconocen una serie de prerrogativas con fundamento en la prevalencia del interés general y los fines estatales, sin importar el artículo en el que se encuentran ubicadas. Así, es claro que la Corte Constitucional no consideró que las cláusulas exorbitantes únicamente fueran las consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual, en la misma línea, se debe considerar que la exorbitancia se predica de cualquier poder que se otorgue para una de las partes, sin perjuicio de la igualdad que debe regir las relaciones negociales.

De admitirse lo contrario, y dado que las facultades exorbitantes corresponden a las entidades estatales, tratándose de convenios o contratos interadministrativos las dos entidades, por ostentar esta calidad, serían titulares y podrían ejercer unilateralmente, entre otras, la liquidación del acuerdo de voluntades, lo que conllevaría a un choque entre poderes en el que consten dos liquidaciones unilaterales que difieran entre sí.

Sumado a lo anterior, dado que la norma no diferencia la aplicación de las facultades exorbitantes en calidad de contratante o contratista, no puede darse admitirse esa interpretación, y por ende se debe entender que en los convenios o contratos interadministrativos todos los sujetos de la relación podrían ejercer estas facultades, pues independientemente de su posición contractual son entidades estatales.

Finalmente, si se compara siquiera someramente la liquidación unilateral con otras facultades o poderes considerados exorbitantes, no se entiende que poderes de menor envergadura que la liquidación unilateral (como la interpretación unilateral) se consideren exorbitantes, y que la liquidación unilateral no lo sea.

En consecuencia, de acuerdo con los argumentos expuestos, para esta Agencia, y considerando la diferencia de criterios que existe en el mismo Consejo de Estado, al igual que en la doctrina nacional, la liquidación unilateral es una cláusula o poder exorbitante que debe entenderse como tal al analizar si puede pactarse en los convenios o contratos interadministrativos.

# Respuesta

El parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que en los contratos interadministrativos se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales. Teniendo en cuenta que, por los argumentos expuestos, la liquidación unilateral es una facultad exorbitante o poder excepcional -a pesar de no estar contemplada en el artículo 14 *ibidem-* los contratos o convenios interadministrativos no se pueden liquidar unilateralmente.

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

Atentamente,



Proyectó: Nathalia Urrego J.

1. Consejo de Estado, Sentencia con radicado No. 4303 del 13 de mayo de 1988, citada en la sentencia con radicado No. 17001-23-31-000-1997-08021-01(23519) del 30 de enero de 2013, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-1)
2. Citado en los mismos términos por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia con Radicación número: 11001-03-26-000-2002-00011-01 (22194) del 4 de diciembre de 2002, Consejero ponente, German Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-2)
3. Hoy derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, sentencia con radicado No. 73001-23-31-000-1999-9333-01(19.333) del 4 de julio de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Germán Rodriguez Villamizar: “La Sala precisa que la liquidación unilateral de los contratos estatales, en tanto decisión de la administración, proferida en ejercicio de potestad estatal expresa que le confiere la ley (artículo 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, que escapa a las posibilidades, facultades o derechos que los particulares tienen en ese tipo de negocios jurídicos, y cuyo juzgamiento de legalidad, dada su naturaleza jurídica de acto administrativo, como ya se indicó, es competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no son parte los jueces arbitrales.

“Sin embargo, debe advertirse igualmente, que el acto de liquidación de los contratos, aún en los eventos en que ésta se hace en forma unilateral por parte de la administración pública, tiene una composición o contenido diverso o plural, y no exclusivamente unilateral o fruto del ejercicio de autoridad, porque, bien puede suceder, y es lo usual o más frecuente, que contenga puntos o aspectos producto del acuerdo de las partes contratantes, u otros que expresen la decisión de la administración de reconocer o negar la existencia de obligaciones jurídicas como consecuencia de peticiones o reclamos del particular contratista, pero, que no entrañan ni constituyen el ejercicio de una prerrogativa o autoridad propia y exclusiva del poder público en uso de función administrativa, sino, simplemente, la voluntad de la entidad estatal contratante de reconocer, asumir o negar una determinada prestación frente al particular contratista, en la misma forma en que se desarrollan las relaciones contractuales entre particulares, respecto de las cuales, frente al disentimiento o inconformidad que pudiera tener la parte afectada con tal decisión, bien puede ésta acudir al juez contencioso o al arbitral para que dirima la controversia existente sobre dicho aspecto.

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

“(…) no toda respuesta o decisión que adopte la entidad estatal contratante frente a las peticiones o reclamos del contratista, tiene naturaleza jurídica de acto administrativo, aún en el evento de que tales manifestaciones de voluntad consten en el acto de liquidación unilateral del contrato, porque, en cada caso, se reitera, debe establecerse si tales expresiones de la administración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predican respecto de las relaciones contractuales de los particulares, por cuanto, los acuerdos, conciliaciones, transacciones, comunicaciones, y, en general, las manifestaciones de las partes que se incorporen al acto de liquidación del contrato estatal, no se alteran en cuanto a su naturaleza jurídica por el hecho de ser plasmados en dicho documento”.

 [↑](#footnote-ref-4)
5. “Los poderes de la entidad administrativa contratante o los privilegios de decisión unilateral, como los llaman algunos tratadistas v.gr. Miguel Angel Berçaitz, (Teoría General de los Contratos Administrativos, Ed. Depalma, Buenos Aires 1980) miran a la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por ese fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancias, y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado podrá sustituir el contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo ejecutar por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública (Arts. 19, sobre la terminación unilateral; 24, sobre interpretación unilateral; 62, sobre caducidad; 71, sobre multas; y 72, sobre cláusula penal pecuniaria, todos ellos del Decreto 222 de 1983)”.

“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 aquélla procede a adelantarla cuando el contratista no colabora para llevarla a cabo o habiéndolo hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega. Pero ese poder no puede llegar hasta señalar la responsabilidad y las consecuencias indemnizatorias de que ella se deriven, pues esta misión le corresponde es a los jueces”. [↑](#footnote-ref-5)
6. “Pese a que las normas acusadas de la ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido, pues ello desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, sentencia con radicado 73001-23-33-000-2014-00205-00(55.756) del 4 de mayo de 2018, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico: “La Sala concluye que la entidad estatal que fungió como contratante de la prestación de servicios de salud, en este caso el municipio de Melgar, se encontraba facultada para liquidar unilateralmente el convenio interadministrativo No. 247 de 2011, no solo por las razones advertidas en punto a la falta de correspondencia de esa decisión con una potestad excepcional, como también por tratarse de una regla general que rige los contratos estatales de tracto sucesivo, frente a la cual, valga anotar, no opera una excepción legal que en este evento la restrinja. a la luz de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con lo consagrado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, se tiene 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, de tal suerte que al no existir para el caso concreto una excepción que convalide la ausencia de esta última facultad en cabeza de la Administración para proceder en esa dirección, propio es concluir que debe atenderse a la regla general que viabiliza su ejercicio. (…) la Sala estima que el municipio de Melgar, entidad estatal contratante dentro del Convenio No. 247 de 2011, por ministerio de lo dispuesto en el la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, régimen jurídico que gobernó dicho acuerdo, le asistía la facultad de liquidarlo unilateralmente, potestad que por las razones expuestas no se predicaba de la empresa social del Estado prestataria del servicio contratado. (…) en primer lugar, dicha facultad se halla reservada a la entidad estatal que dentro el vínculo negocial hubiera desempeñado el rol de contratante, esto es, a 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. De manera articulada con lo anterior, debe tenerse en cuenta que con independencia de que el régimen de prevalente aplicación en el caso del negocio jurídico No. 247 de 2011 fuera el recogido en las normas de contratación estatal, no por ello puede afirmarse que en tal virtud la empresa social del Estado que fungió como contratista, y que igualmente participaba de la condición de entidad pública, se hallara revestida de las mismas facultades que dicha compilación consagró para las entidades estatales contratantes”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 80 de 1993, artículo 14, “Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ley 1150 de 2007, “artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. 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.” [↑](#footnote-ref-9)